

Untersuchungen
zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs
zu den übrigen Herausgabeansprüchen
des bürgerlichen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
DIETER MÜNICH

München 1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Untersuchungen
zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs
zu den übrigen Herausgabeansprüchen
des bürgerlichen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
DIETER MÜNICH

München 1964



Referent: Professor Dr. Hermann Krause
Korreferent: Professor Dr. Karl Larenz
Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1964

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht

Einleitung	7
I. KAPITEL: Die Herausgabeansprüche und ihre Konkurrenz	
1. Die Herausgabeansprüche des bürgerlichen Rechts	9
2. Konkurrenz der Herausgabeansprüche	11
3. Der Eigentumsherausgabeanspruch	12
4. Die Folgeansprüche	14
5. Möglichkeit und Notwendigkeit einer Lösung der Konkurrenzfrage	14
II. KAPITEL: Die Auslegung der Bestimmungen über den Eigentums- herausgabeanspruch	
1. Auslegung des § 985	16
2. Auslegung der §§ 987 ff.	16
a) Schwierigkeiten bei Annahme einer Konkurrenz	17
b) Wege für die Lösung dieser Schwierigkeiten	19
c) Durchbrechung des Grundsatzes von der Tatbestandsverschiedenheit	20
d) Die Trennung des Hauptanspruchs von den Nebenansprüchen beim Eigentumsherausgabeanspruch	24
III. KAPITEL: Die möglichen Formen der Konkurrenz der Herausgabeansprüche	
1. Die Lehre von der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz	27
2. Anspruchs- oder besondere Gesetzeskonkurrenz bei den Herausgabeansprüchen?	29
a) Der Begriff des Tatbestands als Ausgangspunkt	29
b) Die Meinung von Siber	30
c) Die Meinung von Lent	33
d) Die Meinung von Schmidt	35
e) Die Meinung von Dietz	36
f) Die Meinung von Oertmann	38
3. Kritik an der Ablehnung einer Gesetzeskonkurrenz	38
4. Untersuchung der Lehre Sibers	39
IV. KAPITEL: Untersuchung des Wesens des § 986	
1. Eigentum und Besitzberechtigung	44
2. Die Lehre vom Einredecharakter des § 986	44
3. Die Lehre vom Einwandcharakter des § 986	45
4. Folgen der Lehre vom Einwandcharakter des § 986	51
5. Die Lehre von der Verdinglichung obligatorischer Rechte	52

V. KAPITEL: Die Beschränkung der Eigentümerstellung

1. Die verschiedenen Darstellungen	55
2. Das Eigentum als pflichtgebundenes Recht	56
3. Der Begriff des Eigentums in Art. 14 GG	59
4. Die Beschränkung der Rechtsstellung des Eigentümers im einzelnen	62
5. Einwendung oder Einrede?	64
6. Die Berechtigung des Finders	65
7. Das Eigentum bleibt Herrschaftsrecht	65

VI. KAPITEL: Das Verhältnis der Herausgabeansprüche im einzelnen

1. Beschränkung aller eigentumsähnlichen Rechte und der Besitzrechte	68
2. Beschränkung durch besonders begründete Rechtsverhältnisse	68
3. Keine Beschränkung durch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung	69
4. Die Rechtsverhältnisse des Familien- und Erbrechts	70

VII. KAPITEL: Folgerungen aus dem gefundenen Ergebnis

1. Gleichbehandlung der Haupt- und Nebenansprüche	73
2. Keine Anwendung des Vindikationsanspruchs bei Überschreitung oder Beendigung des Besitzrechts	73
3. Keine Ansprüche des berechtigten Werkunternehmers gegen den Eigentümer	74

Schlußbemerkung	80
-----------------	----

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	81
--------------------------------------	----

Einleitung

In der gegenwärtigen Dogmatik des bürgerlichen Rechts wird die Frage der Abgrenzung der Ansprüche nur selten näher behandelt. Für die Stellung des Eigentümers zum Besitzer und die Stellung des Eigentümers als sonstigen Anspruchsberechtigten wurden die Abgrenzungsschwierigkeiten in jüngster Zeit besonders bei der Frage, welche Ansprüche der Werkunternehmer gegen den Eigentümer hat, wenn dieser nicht gleichzeitig Besteller ist, erneut deutlich. Dabei mehren sich die Stimmen, die grundsätzlich den Eigentumsherausgabeanspruch des § 985¹⁾ hinter die Rückgabeansprüche aus vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen zurücktreten lassen wollen. Zu dieser Ansicht sind durch die Untersuchung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses in der Nachfolge Sibers insbesondere Raiser²⁾, Baur³⁾ und Mühl⁴⁾ gekommen. Der von ihnen gefundene Grundsatz hat Auswirkungen auch auf die Behandlung der Folge- und Nebenansprüche. Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung zum Anspruch des Werkunternehmers ausdrücklich gegen diese neue Auffassung gewandt,⁵⁾ nachdem es zunächst schien,⁶⁾ daß er ihr, indem er sich in Gegensatz zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁷⁾ setzte, folgen und eine klare Trennung zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Besitzer bejahen werde.

Mit diesen Abgrenzungsfragen will sich die vorliegende Arbeit beschäftigen. Dabei stehen der Anspruch des § 985 und einige wesentliche Ansprüche des Schuldrechts im Vordergrund.

¹⁾ §§ ohne Zusatz sind solche des BGB.

²⁾ Raiser, Eigentumsanspruch S. 123 ff; Wolff-Raiser, § 84 I 2, S. 320.

³⁾ Baur § 11 B I.

⁴⁾ Soergel-Mühl, vor § 985 Bem. 6.

⁵⁾ BGHZ 34, 122, 123.

⁶⁾ BGHZ 27, 317; 31, 129.

⁷⁾ RGZ 142, 417.

Die Herausgabeansprüche und ihre Konkurrenz

1. Die Herausgabeansprüche des bürgerlichen Rechts

Das bürgerliche Recht kennt eine Vielzahl von Herausgabeansprüchen. Alle sind darauf gerichtet, daß eine Sache (§ 90) von dem Besitzer an einen besser Berechtigten herauszugeben ist. Die tatsächliche Gewalt über eine Sache (§ 854) soll dem jeweils am meisten dazu Berechtigten zustehen.^{7a)} Dies ist der Endzweck sowohl der sogenannten dinglichen wie der sogenannten persönlichen Herausgabeansprüche. Außer Betracht bleiben hier die Ansprüche, durch deren Erfüllung eine Änderung der Güterzuordnung herbeigeführt werden soll, z. B. die Ansprüche aus Kauf, Tausch, Werklieferungsvertrag und Schenkungsverprechen.

Die dinglichen Herausgabeansprüche fließen einmal aus den Rechten an der Sache, so aus dem Eigentum (§ 985)⁸⁾, aus Nießbrauch (§ 1065), aus einem Pfandrecht (§ 1227) oder aus einem Erbbaurecht (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbBRVO)⁹⁾. Für das Wohnungseigentum (§ 1 WEG) gilt das gleiche wie für das Eigentum überhaupt (vgl. § 13 Abs. 1 WEG)¹⁰⁾. Nur untereinander sind die Wohnungseigentümer in der Ausübung ihrer Rechte beschränkt (§§ 10, 14, 15 WEG)¹¹⁾. Auf das Dauerwohnrecht (§ 31 WEG) finden ebenfalls die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften Anwendung (§ 34 Abs. 2 WEG). Damit hat auch der Dauerwohnberechtigte einen Herausgabeanspruch. Ebenso gibt das Anwartschaftsrecht nach § 455 ein der Stellung des Eigentümers ähnliches Besitzrecht mit dem Schutz des § 985¹²⁾. Ein Herausgabeanspruch kann auch aus dem Besitz der Sache hergeleitet werden; es gibt den Anspruch aus besserem Besitz (§ 1007 Abs. 1 u. 2) und den possessorischen Besitzentziehungsanspruch (§ 861).

Im Sachenrecht sind auch einige weitere Herausgabeansprüche geregelt. So hat der Pfandgläubiger nach Erlöschen des Pfandrechts das Pfand an den Verpfänder herauszugeben (§ 1223 Abs. 1)¹³⁾, der Nießbraucher hat nach Beendigung des Nießbrauchs die Sache dem Eigentümer zurückzugeben (§ 1055)¹⁴⁾, der Erbbaurecht

^{7a)} Beim Besitzanspruch des § 861 dreht es sich allerdings nicht um das bessere Recht zum Besitz, sondern hier ist der Anspruch eine Folge aus dem verletzten Besitz als etwas Tatsächlichem; so Erman-Westermann § 861 Bem. 1.

⁸⁾ Jedem Miteigentümer steht das gleiche Recht zu; vgl. Westermann § 29 II c; Planck-Brodmann § 1011 Bem. 2 a.

⁹⁾ Gleiche Rechte gibt § 1017 Abs. 2 für vor dem 22. 1. 1919 begründete Erbbaurechte.

¹⁰⁾ Baur § 29 B I 2 b.

¹¹⁾ Weitnauer-Wirths § 3 Bem. 23; § 13 Bem. 9.

¹²⁾ Eingehend dazu Raiser, Anwartschaften, S. 41 f., 75 ff., 76; Baur § 59 V 5 b cc m.w.N.

¹³⁾ Die Rückgabepflicht ist als Folge des Schuldverhältnisses behandelt, sie besteht damit nur gegenüber dem Verpfänder, Westermann § 129 II 7.

¹⁴⁾ Beim Nießbrauch steht immer dem Eigentümer ein persönlicher Herausgabeanspruch zu; vgl. zur Entstehungsgeschichte und Unterscheidung von § 1223 und § 1055 Siber JhJ 89 S. 28 Anm. 1.

berechtigte hat nach Erlöschen des Erbbaurechts (§§ 11, 26, 27 ErbBRVO) den Besitz am Grundstück wieder dem Eigentümer einzuräumen¹⁴⁾, ¹⁵⁾.

Die Herausgabeansprüche des Schuldrechts beruhen zunächst auf Vertragsverhältnissen, wie dem des Vermieters gegen den Mieter (§ 556), des Verpächters gegen den Pächter (§§ 581 Abs. 2, 556), des Verleihers gegen den Entleiher (§ 604 Abs. 1), des Hinterlegers gegen den Verwahrer (§ 695), des Vermieters oder Verleihers gegen Untermieter (§ 556 Abs. 3) oder Unterleiher (§ 604 Abs. 4). Der Auftraggeber hat einen solchen Anspruch, wenn der Beauftragte an der Sache des Auftraggebers durch diesen Besitz erhalten hatte (§ 667); das gleiche gilt bei verwandten Rechtsgeschäften (§ 675), bei Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 681) und bei der Gesellschaft (§ 713). Es besteht ein Herausgabeanspruch aus Vertrag aber auch in einzelnen Fällen, die nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt sind, denn jede Einräumung eines zeitlich begrenzten Besitzrechts enthält von selbst die Abrede, daß die Sache nach Beendigung des Besitzrechts an den, der den Besitz einräumte, zurückgegeben ist¹⁶⁾. So hat der Vorbehaltsverkäufer bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages einen solchen besonderen vertraglichen Herausgabeanspruch¹⁷⁾. Herausgabeansprüche entstehen so weiter beim Fracht- und Speditionsvertrag, unter Umständen auch bei anderen Werkverträgen, beim Dienstvertrag und bei der Einbringung bei Gastwirten, wenn sie in Besitzübergabe besteht. Inhalt aller dieser Schuldverhältnisse ist neben anderem, daß übergebene Sachen dem Berechtigten wieder herauszugeben sind¹⁸⁾.

Obligatorische Herausgabeansprüche können auch durch Leistungskondition nach § 812 gegeben sein¹⁹⁾, ebenso bei den deliktischen Ansprüchen aus den §§ 823 ff. Letztere gehen nicht nur auf Wertersatz, sondern auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 248).²⁰⁾

¹⁴⁾ Dagegen hat der Verlierer gegen den Finder keinen besonderen Herausgabeanspruch; dieser ist immer der letzte unmittelbare Besitzer der Sache (Erman-Hefermehl § 969 Bem. 2) und hat zumindest den Anspruch aus § 1007. Die Frage kann erst unten ihre Klärung erfahren.

¹⁵⁾ Siber JhJ 89 S. 27 unter 2 a.

¹⁷⁾ Scherk S. 346 („Herausgabeanspruch aus dem das Besitzrecht begründenden Schuldverhältnis“), vgl. auch Siber JhJ 89 S. 24 unter 2 a; Kipp zu Windscheid Bd. 1 §§ 148–155 unter II 1 b; Wolff § 8 I 1 c; die Lehre hat sich sonst nur eingehend mit der Frage befaßt, ob der Verkäufer mittelbaren Besitz behält. Bejaht man diese Frage (wie RGZ 64, 304, 334; 54, 396, 397; 69, 197 198; 74, 126, 129; Gruchot 53, 1045, 1048 und Eichler II S. 20; Westermann § 18,5; Wolff-Raiser § 8 I 1 b; BGB-RGRK § 455 Bem. 2; Palandt-Hoche § 868 Bem. 2 c bb; § 929 Bem. 6 B a; Staudinger-Seufert § 868 Bem. 22; Staudinger-Berg § 929 Bem. 28 b; Staudinger-Ostler § 455 Bem. 39; über die vielfältigen Theorien z. B. von Zunft NJW 57, 445, 446 f.; JZ 59, 279 f.; Pohle MDR 56, 732, Paulus JZ 57, 41, eingehend mit weiteren Nachweisen Raiser, Anwartschaften, S. 70 ff., der sich selbst ablehnend verhält; ebenso ablehnend Planck Brodmann, 3. Aufl., § 868 Bem. 2 b ß; Kreß, Besitz, S. 196 ff., 197, 201; Gierke D.P. II, § 114 Anm. 39; Thiesing, Arch.BürgR 20, 243 ff., 249), so ist jedenfalls dann ein eigener Herausgabeanspruch gegeben, wenn man den Käufer als Verwahrer und Verwalter betrachtet. Aber auch dann, wenn man die Stellung des Vorbehaltskäufers als starker ansieht (wie BGHZ 20, 88, 97), bleibt ein besonderes Verhältnis, das dem Verkäufer einen Herausgabeanspruch gibt; vgl. auch Larenz II § 39 II b. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung zieht solche Konsequenzen nicht; soweit sie überhaupt die Frage behandelt, geht sie von dem Herausgabeanspruch nach § 985 aus (z. B. Erman-Böhle-Stamschräder § 455 Bem. 4 b; BGHZ 34, 191, 195).

¹⁸⁾ Diese Frage ist in Lehre und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht behandelt.

¹⁹⁾ Eichler II, S. 196 f.; Erman-Seiler § 812 Bem. 2 a; Palandt-Gramm § 812 Bem. 5 a und 7; Oertmann § 812 Vorbem. 2 a; Larenz II, § 62 S. 296 u. § 64 I S. 318; RGZ 129, 307, 311; OGHZ 1, 97, 103. In Betracht kommt in unserem Zusammenhang nur die *condictio possessionis*, nicht die Rückübertragung des Eigentums.

²⁰⁾ Eichler II, S. 189, 196; Erman-Hefermehl § 985 Bem. 1 c; Larenz I, § 14 VI a S. 146.

Aus dem Familienrecht ist der Anspruch des Kindes gegen seine Eltern bei Beendigung oder Ruhen der elterlichen Gewalt (§ 1698) und des Mündels gegen den Vormund (§ 1890²¹⁾ auf Herausgabe des Kindes- oder Mündelvermögens zu erwähnen. Der Erbe hat gegen den Erbschaftsbesitzer einen genau geregelten Herausgabeanspruch (§§ 2018 ff., 2029), die für tot erklärte, aber überlebende Person gegen den Scheinerben (§ 2031), der Nacherbe gegen den Vorerben (§ 2130 Abs. 1 Satz 1)²²⁾. Im Erbrecht finden sich auch die Herausgabeansprüche des Erben gegen den Testamentsvollstrecker (§ 2217, 2218), Nachlaßverwalter (§§ 1985, 1986) und Nachlaßpfleger (§§ 1960, 1961).²³⁾

2. Konkurrenz der Herausgabeansprüche

Alle diese Ansprüche kommen als konkurrierend in Betracht. So könnte, wenn Herausgabeansprüche gegen einen Eigenbesitzer in Frage stehen, je nachdem, ob der Eigenbesitzer mit oder gegen den Willen des Eigentümers die Sache erlangt hat, der Eigentumsherausgabeanspruch mit dem aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus unerlaubter Handlung konkurrieren. Wenn die Herausgabe durch einen Fremdbesitzer erfolgen soll, könnten, wenn der Besitzer von vornherein dem Eigentümer gegenüber nicht besitzberechtigt war, ebenfalls die Delikts- und Bereicherungsansprüche neben dem Eigentumsherausgabeanspruch in Frage kommen. Ist der Besitzer dem Eigentümer gegenüber zunächst besitzberechtigt, so könnten die jeweiligen schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Ansprüche neben dem Vindikationsanspruch bestehen.²⁴⁾ Daneben wären jeweils auch die Ansprüche aus Besitz möglich. Neben den Eigentumsanspruch könnten auch die familienrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche treten, neben diese wieder Delikts-, Bereicherungs- und Vertrags-herausgabeansprüche.²⁵⁾

Von der herrschenden Meinung wird in der Tat ein Nebeneinanderbestehen dieser Ansprüche weitgehend angenommen. Dies geht auf das Schweigen des Gesetzes in diesem Punkte zurück: die erste Kommission hielt eine Vorschrift

²¹⁾ § 1890 beinhaltet nicht eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, sondern privatrechtliche Ansprüche des Mündels; Erman-Hefermehl § 1890 Bem. 1. § 1890 gilt für die Pflegschaft gemäß § 1915 entsprechend.

²²⁾ Der Nacherbe wird mit Eintritt des Nacherbfalles kraft Gesetzes Eigentümer, daher keine Auseinandersetzung, sondern obligatorischer Herausgabeanspruch: Erman-Hense § 2130 Bem. 1 u. 3.

²³⁾ In diese Aufstellung können nicht die Ansprüche der Berechtigten nach § 771 ZPO und nach § 43 KO einbezogen werden. Die Intervention nach § 771 ZPO bezweckt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird. Der damit verwandte Aussonderungsanspruch nach § 43 KO ist die Geltendmachung der Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse (gegenüber dem Konkursverwalter).

²⁴⁾ Eine ins einzelne gehende Kasuistik bezüglich des Eigentumsherausgabeanspruchs und der schuldrechtlichen Herausgabeansprüche gibt Siber JhJ 89 S. 21 ff. und 26 ff. Die Rechtslage hat sich seither, sieht man vom Erbbaurecht und Wohnungsrecht ab, nicht geändert.

²⁵⁾ So hat das Mündel, das vor Beginn der Vormundschaft Besitzer war und eine Sache an den späteren Vormund vermietet hatte, nach Beendigung der Vormundschaft folgende Ansprüche zur Verfügung: §§ 556, 1007, 985, 1890, 812.

nach Art des § 149 des Sächsischen BGB²⁶⁾ für überflüssig.²⁷⁾ Beide Kommissionen nahmen an, daß mit dem Eigentumsherausgabeanspruch andere Herausgabeansprüche konkurrieren können,²⁸⁾ verankerten diese Meinung aber nicht im Gesetz.

3. Der Eigentumsherausgabeanspruch

Zunächst soll vom Eigentumsherausgabeanspruch²⁹⁾ ausgegangen werden. Die herrschende Meinung sieht diesen Anspruch, soweit er hier interessiert, so:

Der Eigentümer³⁰⁾ hat eine Einwirkungs- und Ausschließungsmacht hinsichtlich der Sache³¹⁾: Die Ausschließungsmacht wird durch die Eigentumsansprüche verwirklicht. Die Eigentumsansprüche fließen aus dem Eigentumsrecht und sind dogmatisch von ihm scharf zu trennen.³²⁾ Das eine ist die Festlegung des Eigentums als ein gegen jedermann wirkendes Recht, das andere die gesetzliche Herstellung einer Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, die berechtigt und verpflichtet³³⁾ und die den dinglichen Rechtszustand, das Eigentum, wieder herstellen soll.³⁴⁾ Zum Eigentum gehört wesensmäßig der Besitz der Sache. Ziel des Herausgabeanspruchs des § 985 ist es daher, dem Eigentümer den Besitz der

²⁶⁾ § 149 des Sächs. BGB wurde übernommen vom Dresdner Entwurf Art. 320 und hat folgenden Wortlaut:

„Stehen einem Gläubiger mehrere auf Erreichung eines und desselben rechtlichen Zweckes gerichtete Ansprüche zu und hat er durch Geltendmachung eines derselben seine vollständige Befriedigung erlangt, so erledigen sich die übrigen Ansprüche. Sind mehrere Ansprüche von verschiedenem Umfang, und ist ein Anspruch von geringerem Umfang durchgeführt worden, so kann auf Grund der übrigen das mehrere nachgefordert werden.“

²⁷⁾ Mot. 1, 278 = Mugdan I S. 506; auch das ALR und der Code civil enthalten keine entsprechende Vorschrift. Die Schöpfer des BGB standen unter dem Eindruck der Lehre und Rechtsprechung des gemeinen Rechts. Dieses aber sah nur die Rechte und die durch die Verletzung entstandenen Aktionen (Savigny V S. 1 ff.). Das Nebeneinanderbestehen der Aktionen war ihm so unproblematisch wie das Nebeneinanderbestehen der Rechte. Die Lehre von der Klagenkonkurrenz (Savigny V S. 205 ff.; Dernburg Pand. I § 135; Forster-Fecius I § 52) betraf nur die Frage, ob beim Erfolg einer Klage eine andere bestehende noch erhoben werden konnte, ob sie erlosch, teilweise erlosch oder bestehen blieb. Dabei wurde als Rechtsgrund für das Erlöschen nicht die Klage, sondern die „wirkliche Leistung“ angesehen (Savigny V S. 253). Dem Gesetzgeber konnte daher eine Regelung der Anspruchskonkurrenz im heutigen Sinn überflüssig erscheinen.

²⁸⁾ Mot. 3, 397 = Mugdan III S. 221; Prot. 3, 3940 ff., 3946 = Mugdan III S. 666, 669; ganz offensichtlich stand in den Diskussionen die Frage, ob die Klage aus § 985 auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig sein sollte, so im Vordergrund, daß andere Probleme nicht erörtert wurden.

²⁹⁾ Ein Hinweis auf die Herausgabeansprüche, die gleich oder ähnlich zu behandeln sind, unterbleibt im folgenden. Wo vom Eigentumsanspruch die Rede ist, sind sie jeweils mitgemeint.

³⁰⁾ Wer Eigentümer, was Eigentum ist, ist im Gesetz nicht festgelegt. Die Bestimmung dieser Begriffe hängt entscheidend von der Definition des dinglichen Rechts ab. Mehr und mehr sieht man dabei die Absolutheit des Klageschutzes und die Unmittelbarkeit der Objektbeziehung nur als „Ausfluß der güterzuordnenden Funktion der dinglichen Rechte“ an (Westermann § 2 II und III; Eichler I S. 9 f. und 139 f.). Zum Eigentumsbegriff überhaupt vgl. Kruse I, S. 8; Eichler I, S. 138 ff.; Westermann § 28; Wolff-Raiser § 51 II u. III.

³¹⁾ Dies ergibt sich aus § 903, der art. 544 code civil nachgebildet ist:

„La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue . . .“

vgl. Art. 644 SchwZGB, Art. 14, 19 Abs. 2 GG. Begriff und Umfang des Eigentumsrechts ist im Wandel der Zeiten verschieden (Wieacker, Wandlungen, S. 19 ff.; Wolff-Raiser § 51 II 2; vgl. auch Merk S. 21).

³²⁾ Eichler I S. 148; vgl. Bunsen S. 428 unter Anm. 2; Hellwig, Anspruch S. 30 ff.

³³⁾ Westermann § 2 III 1.

³⁴⁾ Hellwig, Anspruch S. 33.

Sache unter allen Umständen zu verschaffen. Sein Recht zum Besitz ist allumfassend, deshalb kann auch der Herausgabeanspruch immer und gegen jeden, der sich im Besitz der Sache befindet, geltend gemacht werden³⁵⁾. Da weder die Art und Weise, wie der Besitz verloren gegangen ist, noch der frühere eigene Besitz den Anspruch erzeugt³⁶⁾, kommt es nicht darauf an, wie der jetzige Besitzer zu seinem Besitz gekommen ist, auch nicht darauf, daß der Eigentümer jemals im Besitz der Sache gewesen ist. Das Eigentum gibt das Recht zum Besitz unbedingt. Für den Eigentumsherausgabeanspruch ist daher nur zu fordern, daß der die Herausgabe Begehrende Eigentümer³⁷⁾, der, gegen den das Verlangen gerichtet ist, Besitzer ist. Der Eigentümer kann gegen den unmittelbaren und gegen den mittelbaren Besitzer den Anspruch geltend machen³⁸⁾. Inhalt des Anspruchs ist ein positives Tun, nicht nur die Duldung der Wegnahme³⁹⁾. Der unmittelbare Besitzer hat dem Eigentümer auf seine Kosten⁴⁰⁾ den unmittelbaren Besitz zu verschaffen, bewegliche Sachen ihm zu übergeben, Grundstücke zu räumen.⁴¹⁾ Ist der Anspruchsgegner nur mittelbarer Besitzer, so kann der Eigentümer nach seiner Wahl auf Herausgabe oder auf Abtretung des mittelbaren Besitzes klagen⁴²⁾. Der Herausgabeanspruch fällt unter den allgemeinen Begriff des Anspruchs (§ 194). Die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts können grundsätzlich ergänzend herangezogen werden.⁴³⁾

Da der Eigentumsherausgabeanspruch ohne Rücksicht darauf zu beurteilen ist, ob sich das Herausgabeverlangen zugleich auf andere, oben aufgezählte Rechtsgründe stützen läßt oder nur auf dem Eigentum beruht, besteht eine Konkurrenz

³⁵⁾ Der Eigentümer darf nur nicht selbst unmittelbarer Besitzer sein, dann ist sein Herrschaftsrecht nämlich vollkommen; daher auch kein Anspruch aus § 985 gegen den Besitztsherr (Westermann § 30 II 2; Stutz S. 77 ff. m. w. N.; a. A. Heck § 66, 5).

³⁶⁾ Das wären die Fälle des § 861 und des § 1007.

³⁷⁾ Das Eigentum muß im Streitfall bewiesen werden. Eine Vermutung gibt § 1006; eventuell sind Erwerb oder Verlust des Eigentums zu prüfen. Die Rechtskraftwirkung des die Herausgabepflicht aussprechenden Urteils erstreckt sich allerdings nicht auf die Feststellung des Eigentums: nur der prozessuale Anspruch wird erfaßt (RG Warn Rspr. 1936 Nr. 173; OLG Celle NJW 56, 633).

³⁸⁾ Auch zugleich (RG 105, 19, 21; BGH 12, 380, 397; dagegen Wendt AcP 87, S. 40 ff.; vgl. Vogelsgang S. 70).

³⁹⁾ So die ganz herrschende Meinung: Westermann § 30 III 1; Wolff-Raiser § 84 III 1 u. unter Anm. 8; Heck S. 274 f.; Hellwig, Anspruch S. 28; a. A. Tuhr I, S. 247; BGB-RGRK § 985 Bem. 11; vgl. auch die in RG 109, 128, 129 dargelegte Modifikation des Anspruchs durch § 547 Abs. 2 S. 2.

⁴⁰⁾ Da die Herausgabepflicht an dem Ort zu erfüllen ist, an dem sich die Sache bei Eintritt der Rechtshängigkeit befindet (Westermann § 30 III 1), trägt der Besitzer die Kosten nur, soweit sie bei der Erfüllung dieser Pflicht entstehen (Staudinger-Berg § 985 Bem. 6; Planck-Brodmann § 985 Bem. 2 a; Heck § 66, 7; Eichler II, S. 197); anders beim Deliktbesitzer (vgl. Peters AcP 153, 464, Erman-Hefermehl § 985 Bem. 6; OLG 26, 175, 176 f.).

⁴¹⁾ Wegen der Geldvindikation vgl. Westermann § 30 V; Kaser AcP 143, 6; Erman-Hefermehl § 985 Bem. 4; Eichler II S. 216; Wolff-Raiser § 84 III unter Anm. 6; eingehend Falck S. 63 f., 103, 137 ff.

⁴²⁾ H. M. Eichler II S. 193; Westermann § 30 III 2; Wolff-Raiser § 84 III 2; BGB-RGRK § 985 Bem. 15; Biermann § 985 Bem. 2 d; Staudinger-Berg § 985 Bem. 12 mit Darstellung der Entwicklungsgeschichte und weiteren Nachweisen; nur die Abtretung des mittelbaren Besitzes halten für den Inhalt des Anspruchs Bunsen S. 427 f.; J. v. Gierke § 113; Baur § 11 C I 2; Planck-Brodmann § 985 Bem. 1 b; vgl. a. RG 105, 19, 21; BGHZ 2, 164, 166 ff.; 12, 380, 397.

⁴³⁾ Die Anwendung bestimmter Normen ist jeweils umstritten; eingehend Horstmann S. 13 ff.; vgl. Siebert S. 122, 124; Heck § 32 Nr. 6, von Tuhr II 1 S. 545; Enneccerus-Lehmann § 1 II 2; Baur § 5 II 2; Westermann § 2 III und § 30 III 3; Staudinger-Berg § 985 Vorbem. 9; Soergel-Mühl vor § 985 Bem. 7; § 985 Bem. 19 a u. 20; RGZ 133, 293, 296; 159, 105; BGHZ 10, 69, 75.

des Eigentumsherausgabeanspruchs mit dem jeweiligen vertraglichen oder gesetzlichen Herausgabeanspruch.⁴⁴⁾

4. Die Folgeansprüche

Neben dem Eigentumsherausgabeanspruch können dem Eigentümer noch die Nebenansprüche auf Ersatz der Nutzungen und auf Ersatz wegen Beschädigungen der Sache zustehen. Ist eine Erfüllung des Anspruchs aus § 985 nicht möglich, so tritt an seine Stelle der Anspruch auf Schadenersatz. Demgegenüber hat der Besitzer Ansprüche auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen.

Bezüglich dieser Nebenansprüche wird angenommen, daß ihnen ein vertraglicher Anspruch vorgeht. Die Regelung der §§ 987 ff. soll nur beim unrechtmäßigen, nicht beim rechtmäßigen Besitzer eingreifen. Dies wird allgemein aus der Regelung des Gesetzes, das gutgläubige und bösgläubige Besitzer kennt, gefolgert.⁴⁵⁾ Andererseits sollen die §§ 987 ff. eine Sonderregelung gegenüber den Delikts- und Bereicherungsansprüchen darstellen. Dazu verweist man auf die §§ 992, 993 Abs. 1.⁴⁶⁾

5. Möglichkeit und Notwendigkeit einer Lösung der Konkurrenzfrage

Die Frage, ob neben dem Eigentumsherausgabeanspruch ein anderer Herausgabeanspruch zu gewähren ist, gegebenenfalls, ob dieser jenem oder jener diesem vorzuziehen ist, ist deshalb so schwierig, weil die Regelung, die das ganze

⁴⁴⁾ Staudinger-Berg § 985 Bem. 1 a; BGB-RGRK § 985 Bem. 1; Erman-Hefermehl § 985 Bem. 1 c; Biermann § 985 Bem. 1 b; Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 3; Westermann § 30 I 4 u. § 2 III 1; Lent, SachR. S. 133; Gesetzeskonkurrenz S. 293; Dietz, Anspruchskonkurrenz S. 181 ff.; Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 163; Oertmann JhJ 61, 49, 57; RG JW 1935, 2269, 2270; RG SeuffArch 62 Nr. 105; RGZ 170, 257, 259; OGHZ 1, 128, 130 f.; BGHZ 9, 22, 28; 34, 122, 123 f.

A. A. Siber, Passivlegitimation S. 229, 249, 252 ff., Rechtszwang S. 121, 125 ff. 130; JhJ 89 S. 6 und 10 ff.; Raiser Eigentumsanspruch S. 123 ff., 134, 140; JZ 1958, 683 1. Sp.; Wolff-Raiser § 84 I 2; Baur § 11 I 1 u. 2; Soergel-Mühl vor § 985 Bem. 6.

⁴⁵⁾ H. M.; Staudinger-Berg §§ 987–1003 Vorbem. 2; BGB-RGRK § 987 Bem. 1. Soergel-Mühl § 987 Vorbem. 11; Erman-Hefermehl §§ 987–993 Vorbem. 4 u. 7; Palandt-Hoche § 987 Vorbem. 1; Westermann § 32 I; Raiser JZ 1951, 718; Wolff-Raiser § 85 I; Baur § 11 II; Eichler II, S. 201; Lent, Gesetzesk. S. 156, 258 ff., 291; Schmidt, Gesetzesk. S. 165; Dietz, Anspruchs. S. 186; RG JW 1933, 2644; RG DRW 1944, 453; BGHZ 27, 317, 320; 31, 129; NJW 55, 340, 341; NJW 61, 499; OLG Hamburg MDR 54, 356.

⁴⁶⁾ Die erschöpfende Sonderregelung der §§ 987 ff. ist umstritten. Im Verhältnis zu §§ 823 ff. nehmen Vorrang an: Heck § 68, 5 a; Wolff-Raiser § 85 III 6; Westermann § 31 III 2 a; Dietz, Anspruchs. S. 195 ff. (nur für den Eigenbesitzer); BGB-RGRK § 992 Bem. 1; Palandt-Hoche § 987 Vorbem. 2 b; BGH JZ 51, 716; BGB LM § 985 Nr. 8 u. 21; RGZ 101, 307, 310; 106, 149, 152 f.; für eine Konkurrenz sind dagegen: Lent, Gesetzesk. S. 257 ff.; Siebert DGWR 1940, 241; Schulze Gruchot 64, 400 ff.; Prym S. 70 ff.; Planck-Brodmann § 993 Bem. 2; Staudinger-Berg § 987 Bem. 9 mit Nachweisen u. § 993 Bem. 2 u. 3; Erman-Hefermehl § 987–993 Vorbem. 13 b läßt Konkurrenz bei unredlichem und unverklagtem, redlichem Besitzer zu; vgl. eingehend Soergel-Mühl § 987 Bem. 14 ff.

Im Verhältnis zu §§ 812 ff. nehmen Vorrang an: Eichler II, S. 220; Lent, SachR. S. 125; J. v. Gierke, SachR. § 39 IV u. V; Baur § 11; Erman-Hefermehl §§ 987–993 Vorbem. 16; BGB-RGRK § 987 Bem. 3 u. § 993 Bem. 1; Palandt-Hoche §§ 987 ff. Vorbem. 1; RGZ 137, 206, 210; (unter Anführung der Motive 3, 401); 163, 148, 151 (hier jedoch Milderung durch weite Auslegung des § 988); OGH JR 1949, 347; BGH NJW 51, 643; MDR 52, 412; BGHZ 7, 209, 218; eine Konkurrenz nehmen hier an: Dietz, Anspruchs. S. 195; Siebert DGWR 1940, 241; Westermann § 33 III 1 b; Wolff-Raiser § 85 II 6; Staudinger-Berg § 987 Bem. 10 (anders noch Koher in der Voraufgabe); Planck-Brodmann § 993 Bem. 1 b.

Eigentümer-Besitzerverhältnis im BGB gefunden hat, unglücklich ist⁴⁷⁾. Römisch-rechtliche und deutschrechtliche Elemente sind hier vermisch⁴⁸⁾, genaue Unterscheidungen und vollständige Regelungen sind unterlassen⁴⁹⁾, obwohl es hier, an einem Berührungspunkt des Schuldrechts und des Sachenrechts, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers streng zu trennen sind⁵⁰⁾, einer besonders sorgfältigen Regelung bedurft hätte. Vielleicht ist es aber andererseits gut, daß keine starre für immer feststehende Regelung der anstehenden Fragen schon durch das Gesetz getroffen wurde; denn so kann bei der Wandlung, die der Eigentumsbegriff im Laufe der Zeit erfährt⁵¹⁾, die Auslegung des Gesetzes der jeweils für gültig erachteten Auffassung des Eigentums Rechnung tragen und neue Erkenntnisse berücksichtigen.

Allerdings hat die Frage, ob von einer Konkurrenz der Herausgabeansprüche auszugehen ist, für die Praxis an Bedeutung verloren, weil sich nach weit überwiegender Meinung⁵²⁾ der Begriff des prozessualen Anspruchs nicht mit dem Begriff des materiell-rechtlichen Anspruchs deckt. Das materielle Recht hat im Prozeß nur die Funktion eines rechtlichen Gesichtspunkts.⁵³⁾ Daher liegt nur ein einziger prozessualer Anspruch vor, wenn auf Herausgabe einer Sache aus § 861, § 985 und § 1007 geklagt wird⁵⁴⁾.

Trotzdem ist eine Klärung insbesondere des Verhältnisses der §§ 985, 986, 987 ff. zueinander, das heißt des Verhältnisses des dinglichen Herausgabeanspruchs (§ 985) zum vertraglichen (§ 986) und zu den aus ersterem erwachsenden Nebenansprüchen (§§ 987 ff.) unerlässlich. Denn ein einheitliches dogmatisches Prinzip ist in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht gefunden worden. Diese begnügt sich zumeist mit der Auslegung der jeweiligen Gesetzesstelle, ohne darauf zu achten, ob diese Auslegungen miteinander zu vereinbaren und nicht dem Zufall unterworfen sind, sondern von der gleichen Grundlage und Einstellung getragen werden.⁵⁵⁾

Demgegenüber ist, soweit es im Rahmen des Gesetzes möglich ist, eine vom Zweck und Ziel her bestimmte Anschauungsweise angebracht, die einen Schutz und Anspruch dort gewährt, wo er notwendig ist, und dort verwehrt, wo er dem Wesen eines Rechts nicht gemäß ist.

⁴⁷⁾ Vgl. Münzel MDR 1952 S. 647; Westermann § 31 I 2.

⁴⁸⁾ Molitor, Zweckbindungen S. 33; Siber, Passivleg. S. 228; Beck S. 2 f.; germanistisch ist z. B. die Beweislastregelung (zusammen mit § 1006), die dazu führt, daß der Eigentümer nicht mehr und nicht weniger beweisen muß als bei der Fahmisklage des § 1007 (Siber, aaO. S. 263 Anm. 1); zur Unterscheidung der röm. rei vindicatio von der Klage aus § 985 auch Hellwig, System S. 263.

⁴⁹⁾ Peters AcP 153, S. 454 f.; Imlau MDR 57, 263.

⁵⁰⁾ Wieacker Forderung S. 50 ff.; Westermann § 1 II, Kruse I S. 185 ff.

⁵¹⁾ Neussel S. 30; Westermann § 28 II 3; vgl. auch die Ausführungen von Eichler, Wandlungen S. 21; Wieacker Wandlungen S. 19 ff.; Merk S. 21 ff., die aber alle von den Ideen des Nationalsozialismus ausgehen.

⁵²⁾ Vgl. Rosenberg § 88 und die dort angeführte Literatur, s. auch A. 140.

⁵³⁾ Schwab S. 199.

⁵⁴⁾ Rosenberg § 88 II 3 aa.

⁵⁵⁾ Raiser Eigentumsanspruch S. 134.

II. KAPITEL

Die Auslegung der Bestimmungen über den Eigentumsherausgabeanspruch

1. Auslegung des § 985

a) Der Anwendungsbereich der Herausgabeansprüche des Schuldrechts, Familienrechts oder Erbrechts ist zumeist unmittelbar aus dem Wortlaut zu bestimmen. Wer zum Beispiel Mieter und Vermieter, Verwahrer und Hinterleger ist, bestimmt sich nach dem Schuldvertrag; die Personen, die dort Rechte erhalten und Pflichten übernommen haben (§§ 535, 688), sind auch beim Herausgabeanspruch berechtigt und verpflichtet. Wer Erbe, Nachlaßverwalter, Vorerbe, Nacherbe, Vormund und Mündel ist, läßt sich aus den Bestimmungen des Gesetzes entnehmen (§§ 1923 ff. für den Erben, § 2100 für den Vorerben und Nacherben, § 1773 für den Mündel) oder ist aus der Bestellung ersichtlich (§§ 1981, 1960, 1915 Abs. 1 beim Nachlaßverwalter, §§ 1774, 1789 beim Vormund).

b) Bei § 985 führt der Wortlaut auch unter Heranziehung ergänzender Vorschriften zu keinem Ergebnis. Es läßt sich nicht aus dem Gesetz entnehmen, was es unter dem Begriff des Eigentümers versteht. § 903 regelt nur dessen Befugnisse; danach bleibt offen, ob nicht unter dem Eigentümer in § 985 der in seinen Befugnissen bereits beschränkte Eigentümer zu verstehen ist. Was den Besitzer anbetrifft, so ist die in §§ 854 ff. gegebene Begriffsbestimmung auf die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem (§ 868), Eigen- und Fremdbesitz (§ 872), Allein- und Mitbesitz (§ 866) ausgerichtet, wobei sich zeigt, daß unter Besitz im Gesetz, wenn nichts anderes gesagt ist, jeweils alle aufgezählten Besitzarten zu verstehen sind.⁵⁶⁾ Ob aber dort und bei § 985 der rechtmäßige und der unrechtmäßige Besitzer gemeint ist oder nur der unrechtmäßige, ist nicht ersichtlich. Aus dem Wortlaut des § 985 könnte beides entnommen werden⁵⁷⁾, wenn auch, betrachtet man nur diesen einen Satz, der erste Anschein für eine Anwendung auf den unrechtmäßigen und den rechtmäßigen Besitzer spricht; denn der rechtmäßige Besitzer ist auf jeden Fall Besitzer. Es könnte also der Oberbegriff „Besitzer“ gemeint sein.

2. Auslegung der §§ 987 ff.

Doch das Gesetz spricht auch in den folgenden Paragraphen, die die Herausgabe der Nutzungen, den Schadensersatz und den Ersatz der Verwendungen durch den Eigentümer regeln, von dem Besitzer.

⁵⁶⁾ Die Aufnahme einer ausdrücklichen Begriffsbestimmung des Besitzes in das BGB wurde von der zweiten Kommission abgelehnt, wie immer bei Definitionen mit der Begründung, daß es nicht Sache des Gesetzgebers sei, lehrbuchmäßige Definitionen aufzustellen; Protok. 3, 35; vgl. Thiesing S. 240.

⁵⁷⁾ Das erkennt auch Oertmann in der Auseinandersetzung mit Siber an (Herausgabeanspr. S. 46). § 985 ist zu allgemein, er spricht weder für noch gegen eine Anwendung auf den berechtigten Besitzer. Allerdings beansprucht auch Oertmann den Wortlaut für die herrschende Theorie und schiebt Siber sozusagen die „Beweislast“ für seine Theorie der fehlenden Konkurrenz zu.

a) Schwierigkeiten bei Annahme einer Konkurrenz

Ursprünglich wurde auch für diese Vorschriften angenommen, daß sie für den berechtigten und für den unberechtigten Besitzer Geltung hätten.⁵⁸⁾ Dann ergibt sich aber eine Vielzahl von Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, daß auch bei den übrigen Herausgabeansprüchen die Herausgabe der Nutzungen oder der Ersatz von Verwendungen eine gesetzliche Regelung gefunden hat oder zusätzlich durch Parteivereinbarung finden konnte.⁵⁹⁾

aa) So ist zum Beispiel der Pächter berechtigt, Nutzungen aus der Sache zu ziehen (§ 581). Er kann die Ziehung solcher Nutzungen auch unterlassen. Über § 581 hinaus kann ihm vom Verpächter gestattet sein, Nutzungen auch den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zuwider zu ziehen⁶⁰⁾. Gleiches gilt für den Nießbrauch (§ 1030) und das Nutzungspfand (§ 1213). Nach § 986 hätte er, vom Eigentümer auf Herausgabe verklagt, vom Eintritt der Rechtshängigkeit an, die gezogenen und schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen herauszugeben. Andererseits hat jeder Auftragnehmer (§ 667) oder Verwalter alle Nutzungen einer übergebenen Sache herauszugeben⁶¹⁾. Bei der Vindikation dürfte er sie bis zur Rechtshängigkeit behalten.⁶²⁾

bb) Auch der Haftungsgrad ist unterschiedlich. Nach Vindikationsgrundsätzen hat der redliche Besitzer von der Rechtshängigkeit an, der unredliche vom Anfang an für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit einzustehen, der unredliche vom Leistungsverzug an, im Zweifel auch für Zufall (§ 990 Abs. 2 in Verbindung mit § 287 S. 2).

Bei den obligatorischen Rückgabeansprüchen hat der Schuldner in der Regel für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen (§ 276). Gibt der Mieter oder Pächter die Sache nach Vertragsablauf nicht zurück, so ist er auch ohne Verschulden zur Miet- oder Pachtzinsentschädigung verpflichtet (§§ 557, 597). Mildere Haftung tritt bei Rückgabevereitelung in anderen Fällen ein. Der unentgeltliche Verwahrer (§ 690), der Gesellschafter (§ 708), die Eltern als Verwalter des Kindervermögens (§ 1664) haften nur für die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Der Geschäftsführer haftet bei Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 680).

cc) Weiter ergeben sich Unterschiede bei der Verjährung. Die Ersatzansprüche bei Vereitelung der persönlichen Herausgabeansprüche verjähren in der Regel zwar wie die Ersatzansprüche wegen Vereitelung oder Teilvereitelung, d. h. Veränderung und Verschlechterung des Vindikationsanspruchs in 30 Jahren (§ 195), die aus Miete (§ 558), Pacht (§ 581 Abs. 2), Leihe (§ 606), Nießbrauchs-

⁵⁸⁾ So jedenfalls grundsätzlich noch Neumann Vorbem. z. 4. Titel III 1; Florey S. 19 Anm. 4.

⁵⁹⁾ Beispiele für die Unterschiede bei Siber, Rechtszwang S. 128 ff., Passivleg. S. 234, JhJ 89 S. 33 ff., 53 ff.; Waldmüller S. 17 ff.

⁶⁰⁾ Der Pächter hat nach § 956 Abs. 1 auch bei schuldlosem Glauben an die Fortdauer der Pacht kein Eigentum an den gezogenen Früchten erlangt, weil eine Gestattung der Aneignung nur während der Vertragsdauer vorliegt; aber der Verpächter muß sie ihm, wenn er Pachtzinsentschädigung verlangt, belassen: will er Herausgabe, darf er keinen Entschädigungsanspruch geltend machen (Siber JhJ 89 S. 48).

⁶¹⁾ Vgl. auch §§ 1642 ff., §§ 1805 ff.

⁶²⁾ Ansprüche aus Bereicherung und Delikt sollen zunächst außer Betracht bleiben.

bestellung (§ 1057⁶³) und Verpfändung (§ 1226) aber bereits in sechs Monaten.⁶⁴)

dd) Bei den Verwendungen finden sich im Gesetz mannigfache Regelungen. Aufwendungen, die er nach den Umständen für erforderlich halten durfte, kann verlangen der Verwahrer (§ 963), der Lagerhalter (§ 420 HGB), der Beauftragte (§ 670⁶⁵), der Kommissionär und Spediteur (§§ 396 Abs. 2, 407 Abs. 2 HGB, § 675), der Gesellschafter (§ 713). Der Mieter (§ 547 Abs. 1) und der Pächter (§§ 581 Abs. 2, 582, 586) können für alle notwendigen Verwendungen Ersatz beanspruchen, für die übrigen Verwendungen nur nach Geschäftsführungsgrundsätzen⁶⁶). Der Entleiher und der Nießbraucher haben die gewöhnlichen Erhaltungskosten selbst zu tragen (§§ 601 Abs. 1, 1041), Ersatz für andere Verwendungen können sie wie ein Mieter verlangen (§§ 601 Abs. 2, 1049). Der Fahrnispfandgläubiger hat Ersatzansprüche wegen aller Verwendungen nur aus Geschäftsführungsgrundsätzen (§ 1216⁶⁷).

Nach den Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis können vor Haftungsverschärfung notwendige Verwendungen, soweit Nutzungen verbleiben, nur abzüglich der gewöhnlichen Erhaltungskosten, sonst voll verlangt werden, andere Verwendungen nur in Höhe der dadurch eingetretenen Bereicherung (§§ 994, 996).⁶⁸)

Ist das Vertragsrecht hier für den, der die Sache herauszugeben hat, im allgemeinen günstiger, so ist es im Falle des Zurückbehaltungsrechts des Mieters eines Grundstücks umgekehrt. Ihm steht dieses nach § 556 Abs. 2 wegen seiner Verwendungen nicht zu. Er hätte es aber, wenn er Verwendung auch auf Grund der §§ 994 ff. fordern könnte.

ee) Dieser letzte Punkt ist schon in den ersten Jahren der Geltung des BGB aufgefallen, ohne daß man zunächst besonders auf die übrigen widerspruchsvollen Regelungen geachtet hätte. Betrachtet man alle zusammen, so zeigen sie jedenfalls, daß es unmöglich ist, anzunehmen, die bezüglich des Schadenersatzes, der Nutzungen und Verwendungen konkurrierenden Ansprüche würden überhaupt nicht voneinander beeinflusst.⁶⁹) Denn dann wären die ganzen, für jeden Fall einer Haftung ausgewogenen Besonderheiten vergebens geschaffen worden. Der Eigentümer könnte mit der Wahl seines Herausgabeanspruchs Ersatzansprüche vereiteln, sich Nutzungen zukommen lassen, die ihm nicht zugedacht waren, und sich den Gegenansprüchen entziehen. Andererseits würde

⁶³) Hier wird es besonders deutlich: Der Nießbrauchsbesteller ist immer (vom Gutgläubenserwerb abgesehen) der Eigentümer. Nahme man an, daß auch der Vindikationsersatzanspruch gegeben wäre, so bliebe für die dort sicher mit Bedacht eingeführte besondere Verjährungsfrist kein Anwendungsgebiet mehr.

⁶⁴) Entsprechendes gilt bei der Verjährung der Gegenansprüche des Schuldners: 6 Mon. bei §§ 558 Abs. 1 S. 2, 581 Abs. 2, 606, 1057, 1093, 1226 gegenüber 30 Jahren bei den übrigen.

⁶⁵) Vgl. auch §§ 683 S. 1, 687, 684 S. 1.

⁶⁶) Also im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag; vgl. Siber JhJ 89 S. 58; Erman-Schopp § 547 Bem. 3.

⁶⁷) Beim Werkunternehmer ist der Verwendungsersatz sogar Inhalt des geschlossenen Vertrags.

⁶⁸) Zur genauen Kasuistik nach Verschärfung der Haftung, Rechtshängigkeit, Schuldnerverzug, Gläubigerverzug siehe Siber JhJ 89 S. 59 u. 62.

⁶⁹) Vgl. Siber Passivleg. S. 233; Gisevius S. 23 f.; Degener S. 39; Prym S. 66 f., bei dem das Ziel deutlich wird, einseitig den Gläubiger zu schützen und dem Schuldner eine Konkurrenz zu seinen Gunsten zu versagen.

in dem einen Fall der Herausgabeschuldner ein Zurückbehaltungsrecht erhalten, das ihm im anderen Fall entzogen wäre.⁷⁰⁾

Damit erwies es sich als notwendig, die ursprünglich angenommene Konkurrenz zu beseitigen. Sie war vom Gesetz offensichtlich nicht gewollt. Fraglich war nur mehr der zur Beseitigung führende Weg.

b) Wege für die Lösung dieser Schwierigkeiten

aa) Ausgehend davon, daß die im Sachenrecht geregelten Verhältnisse immer die allgemeiner geregelten sind und durch Verträge ihre jeweilige Abwandlung erfahren, nahm man an, daß die besonderen Regelungen die der §§ 987 ff. ausschließen⁷¹⁾. Die Folgeansprüche des Eigentumsherausgabeanspruchs seien die lex generalis, denn sie hätten für den unrechtmäßigen wie für den rechtmäßigen Besitzer Geltung. Sei im Gesetz für den rechtmäßigen Besitzer eine besondere abweichende Regelung getroffen, so sei sie die lex specialis. Da die lex specialis immer der lex generalis vorgehe⁷²⁾, gelte das auch hier. Soweit sich die Ansprüche deckten, bestünden aber beide nebeneinander.⁷³⁾

bb) Die Untersuchungen von Lent⁷⁴⁾ und Schmidt⁷⁵⁾ verwarfen die Theorie, daß auch im Verhältnis der §§ 987 ff. zu den Ansprüchen aus den besonderen Besitzverhältnissen Gesetzeskonkurrenz gegeben sei. Sie wiesen darauf hin, daß die §§ 987 ff. schon ihrem Zusammenhang und Wortlaut nach nur das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem unrechtmäßigen Besitzer regeln und daß die hier gegebenen Ansprüche deshalb gar nicht mit den Vertragsansprüchen des Eigentümers zusammentreffen können⁷⁶⁾. Die Richtigkeit dieser Meinung ergibt sich schon deutlich daraus, daß das Gesetz unterschiedliche Folgen daran knüpft, ob der Besitzer hinsichtlich seines Rechts zum Besitz⁷⁷⁾ bösgläubig oder gutgläubig gewesen ist (§§ 990, 991 Abs. 1, 994

⁷⁰⁾ Als Grund wird auch angegeben, daß aus einem obligatorischen Vertrag (Miete) kein dingliches Recht (§ 1000) erwachsen dürfe, Schirfeneder S. 18.

⁷¹⁾ So z. B. wegen der Verwendungen schon Bunsen S. 437 Anm. 1.

⁷²⁾ Lent (Gesetzesk. S. 39) hat nachgewiesen, daß der Vorrang der lex specialis keineswegs immer gegeben, sondern für den einzelnen Fall zu untersuchen ist, so daß schon von hier aus diese Argumentation nicht stichhaltig ist, ebenso Enneccerus-Nipperdey § 60 II.

⁷³⁾ v. Tuhr I S. 277 Anm. 34; Neumann Vorbem. z. 4. Titel Bem. 1 b u. c, ihm folgend Florey S. 19; vorsichtig Prym S. 67 Anm. 4; besonders bezüglich der Verwendungen Morgenroth S. 38; Schirfeneder S. 18 f.; Degener S. 39; Gisevius S. 23 f.; Waldmüller S. 19; auch Siber in Rechtszwang S. 130 scheint noch von der Theorie der Sonderregelung auch bezüglich der Nebenansprüche auszugehen, dehnt sie freilich auf alle, auch die nicht im Gesetz geregelten begrenzten Besitzrechte aus und schließt den Anspruch aus §§ 987 ff. auch dann aus, wenn er auf das gleiche gerichtet ist.

⁷⁴⁾ Lent, Gesetzesk. insbes. S. 291

⁷⁵⁾ Schmidt, Gesetzeskonk. hier S. 165.

⁷⁶⁾ Lent S. 258 ff.; Schmidt S. 163 ff.; 165; gleicher Ansicht ist Oertmann § 823 Vorbem. 5 d und Siber, Passivleg. S. 252, dieser aber von seinem Grundgedanken aus, daß schon der Anspruch aus § 985 nur gegen den unberechtigten Besitzer gehe.

⁷⁷⁾ Nicht bezüglich des Eigentums des Veräußerers, so die h. M., zurückgehend auf RG SeuffA. 84 Nr. 146; Westermann § 31 II 1 a; Wolff § 85 I 1; Wolff-Raiser § 85 II 1 unter Anm. 4; Endemann § 92 3; Kipp zu Windscheid I § 193 unter 3 (S. 990); Eichler II S. 203; Dietz S. 187; Schmidt S. 165 Anm. 3; Biermann § 990 Bem. 1; Brodmann § 990 Bem. 2 aß; Palandt-Hoche § 990 Bem. 1; Staudinger-Berg § 990 Bem. 2 a; Erman-Hefenmehl § 990 Bem. 1; Soergel-Mühl § 990 Bem. 6; BGB-RGRK § 990 Bem. 2; RG JW 1911, 1015 r. Sp.; 1936, 2912 r. Sp.; 1937, 3158 r. Sp.; anders noch Siber Passivleg. S. 253 ff., dagegen ausführlich M. Scherk S. 363 Anm. 1.

Abs. 2); denn wer ein Recht zum Besitz hat, kann bezüglich dieses Rechts weder redlich noch unredlich sein. Man kann an ein Recht nur glauben, wenn man es nicht hat⁷⁸⁾. Auch daß an den Eintritt der Rechtshängigkeit besondere Folgen geknüpft sind, hat für den berechtigten Besitzer keinen Sinn: es fehlt ihm gegenüber an einem letztlich durchdringenden Herausgabeanspruch. Der berechtigte Besitzer kann nicht bei Rechtshängigkeit der unbegründeten rei vindicatio zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet sein. Besonders kann auch die in § 992 erwähnte Besitzverschaffung für den rechtmäßigen Besitz nie oder doch nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zutreffen, die der Gesetzgeber an dieser Stelle sicher nicht vor Augen hatte⁷⁹⁾. Nicht auf Grund der Gesetzeskonkurrenz wird das Nebeneinander der Ansprüche verhindert, vielmehr liegen verschiedene Tatbestände vor. Diese treffen nicht zusammen oder schließen sich gegenseitig aus⁸⁰⁾. Das Ergebnis aus dieser Sicht ist bezüglich der Ersatzansprüche folgendes:

Der Eigentümer, der zugleich Vertragsgläubiger ist, hat nicht den Ersatzanspruch aus den §§ 989 ff., weil der Schuldner nicht unrechtmäßiger Besitzer ist; er hat den Vertragsanspruch und gegebenenfalls den Deliktsanspruch⁸¹⁾. Auch der Anspruch auf Nutzungen und der Gegenanspruch wegen der Verwendungen richten sich nach dem Vertrag. Das Ergebnis hat auch seinen guten Sinn. Wer die Grenzen seines Rechts kennt, braucht nicht von der deliktischen Haftung befreit zu werden, wenn er eine mit seinem Besitzrecht nicht zu vereinbarende Handlung vornimmt⁸²⁾. Zudem verstärkt ein Vertrag die allgemeine Rechtspflicht, er schwächt sie nicht ab, erst recht beseitigt er sie nicht.⁸³⁾

c) Durchbrechung des Grundsatzes von der Tatbestandsverschiedenheit

Wie sich freilich aus der weiteren Ausgestaltung dieser Lehre ergab, ist der Grund für die Gesetzesentscheidung, die nur durch die Auslegung des Gesetzeswortlauts gefunden wurde, nicht klar erkannt worden. Die herrschende Meinung ließ nämlich eine Durchbrechung des Grundsatzes der alleinigen Verpflichtung aus dem Vertrag in entscheidenden Punkten zu. Ohne das gemeinsame, tragende Prinzip zersplitterten sich die Meinungen auch bei den Folgeansprüchen an der Frage, wer ein nichtberechtigter Besitzer ist. Teils wurde der „nicht-mehr-berechtigte“, teils sogar der „nicht-so-berechtigte“ Besitzer als nichtberechtigter Besitzer angesehen.⁸⁴⁾

⁷⁸⁾ Lent S. 259; Schmidt S. 165 f.; Dietz S. 186; Westermann § 32 I; Eichler II S. 204; Ede S. 16 f.; Staudinger-Berg §§ 987–1003 Vorbem. 2; Palandt-Hohe § 987 Vorbem. 1; BGB-RGRK § 987 Bem. 1 a. E.; Soergel-Mühl § 987 Bem. 1; BGH NJW 55, 340, 341; RG JW 1933, 2644. Prym S. 66 ff., 71 hat dies nicht genügend beachtet.

⁷⁹⁾ Vgl. auch die Erwägungen Lents (S. 260) zu § 993, die aber bei dem oben angenommenen großen Umfang der Herausgabeansprüche nur selten in Betracht kämen. Die Erwägungen sind aber auch nicht richtig: auf den, der ein Recht zum Besitz hat, könnten die §§ 987 ff. allenfalls analog angewendet werden, wenn jede andere Regelung fehlen würde; vgl. Schmidt S. 166.

⁸⁰⁾ Lent S. 291 f.

⁸¹⁾ Dietz hat in seiner Untersuchung (Anspruchskonkurrenz, insbesondere S. 125 ff., 130 ff.) nachgewiesen, daß zwischen Vertrags- und Deliktsrecht Anspruchskonkurrenz besteht. Auf diese Frage ist hier nicht näher einzugehen (vgl. Anm. 187).

⁸²⁾ Ede S. 18

⁸³⁾ Vgl. Lent S. 260; RGZ 88, 433.

⁸⁴⁾ Auf diese Meinungen muß hier eingegangen werden, um zu zeigen, daß eine klare Lösung der Probleme allein durch die Auslegung der Bestimmungen über die Ersatzansprüche nicht möglich ist, wenn man das Axiom nicht aufgibt, daß der Eigentumsherausgabeanspruch immer gegeben sei.

aa) Außer Lent⁸⁵⁾ nehmen alle Schriftsteller, die an der Konkurrenz der Herausgabeansprüche festhalten, an, daß, sobald das Recht zum Besitz abgelaufen, also der obligatorische Herausgabeanspruch fällig ist, der Besitzer als „nicht-mehr-berechtigter“ nach den Bestimmungen der §§ 987 ff. hafte. Es komme nur darauf an, daß der Besitzer im Zeitpunkt der schädigenden Handlung, z. B. des Nutzungsbezugs, nicht mehr berechtigt sei. Meist fehlt sogar ein Hinweis darauf, daß die Ansprüche nur bezüglich der im Zeitraum nach Besitzrechtsbeendigung vorgenommenen Handlungen bestehen, so daß jetzt alle früher ausgeschlossenen Ansprüche für gegeben gehalten werden, und das Bemühen, die Tatbestände auseinanderzuhalten, wieder hinfällig wird.⁸⁶⁾

Schmidt⁸⁷⁾ begründet gegen Lent die Anwendung nach Beendigung des Besitzverhältnisses damit, daß nunmehr die oben dargelegten Bedenken gegen die Anwendungen der §§ 987 ff. nicht mehr bestünden. Wenn aber z. B. einem Mieter gekündigt ist, dieser auch bereit ist, die Sache zurückzugeben, kann man ihn nicht als bösgläubig oder gutgläubig bezeichnen. Es könnte auf ihn höchstens § 990 Abs. 1 S. 2 angewendet werden, denn eine Unredlichkeit zur Zeit des Besitzerwerbs (§ 990 Abs. 1 S. 1) kommt überhaupt nicht in Frage. Bei nachträglicher Unredlichkeit aber wäre positives Wissen von der Beendigung seines Rechts erforderlich. Siber⁸⁸⁾ hat dies an dem Beispiel deutlich gemacht, daß jemand, der die Beendigung seines auch nur kurzen Mietverhältnisses vergift oder einen eingeschriebenen Mahnbrief wegwirft, immer noch keine positive Kenntnis hat. Da aber ganz unbestritten die Ansprüche aus dem Vertrag fortbestehen, wäre wieder eine Überschneidung gegeben. Die zeitliche Rechtsüberschreitung würde nach vertraglichen Grundsätzen zu einer stärkeren Haftung führen als die nach den §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989. Der Gesetzgeber hat in § 990 Abs. 1 S. 2 aber nicht an den ehemals berechtigten Besitzer gedacht. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang, in dem der Satz 2 steht. Er ist dann so zu lesen: „Erfährt der Besitzer später, daß er — schon seit der Zeit des Erwerbs des Besitzes — nicht zum Besitz berechtigt ist, . . .“

Die Mehrzahl der Schriftsteller gibt denn auch für die Anwendung der §§ 987 ff. auf den nicht-mehr-berechtigten Besitzer eine andere Begründung, die freilich auch dazu führt, daß zwischen redlichem und unredlichem Besitzer unterschieden werden muß. Sie sagen, daß, nachdem der Eigentumsherausgabeanspruch bei Beendigung des Besitzrechts wieder voll gegeben sei, der Eigentümer auch die Nutzungs- und Ersatzansprüche, der Besitzer die Verwendungsersatzansprüche habe.⁸⁹⁾ Als dann unberechtigter Besitzer sei er dem

⁸⁵⁾ Lent S. 258; aber auch er begründet seine Meinung, daß die §§ 987 ff. nur das Verhältnis des Eigentümers zum von vornherein unrechtmäßigen Besitzer regeln, mit einem Hinweis auf §§ 985, 986.

⁸⁶⁾ So unterscheidet z. B. BGHZ 34, 122, 131 f. nicht ausdrücklich zwischen den Verwendungen, die vor der Geltendmachung des Eigentumsherausgabeanspruchs, und denen, die nachher gemacht worden sind.

⁸⁷⁾ Schmidt S. 166 f.; ebenso Kipp zu Windscheid I § 121 unter 1 (S. 610, gegen Hellwig); Brodmann § 990 Bem. 2 a 6; Scherk S. 364 f.

⁸⁸⁾ Siber JhJ 89 S. 47 f.

⁸⁹⁾ Scherk S. 369 f., wo eine grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 987 ff. ausgesprochen, aber eine notwendige Angleichung an die persönlichen Ansprüche gefordert wird; Dietz S. 189; Schlegelberger-Spreckelsen § 987 Vorbem. 1; Erman-Hefermehl §§ 987–993 Vorbem. 6; BGHZ 31, 129.

Gläubiger als dem Eigentümer bei Verletzung des Eigentumsherausgabeanspruchs zum Schadenersatz verpflichtet. Von dem Anspruch aus § 985, dessen Berechtigung man nicht anzuzweifeln wagt, wird auf die Folgeansprüche geschlossen. Besser und von der Gesetzesauslegung richtiger wäre es aber, umgekehrt zu verfahren. Da nach dem Gesetzeswortlaut die Ersatzansprüche tatbestandsmäßig nicht gegeben sind, soll nach dem Gesetz auch der Herausgabeanspruch beim nicht-mehr-berechtigten Besitzer nicht gegeben sein. Man könnte es dann auch beim Wortlaut des § 990 Abs. 1 belassen, der für die Qualifikation auf die Besitzbegründung abstellt, und wäre nicht zu einer ausdehnenden Auslegung gezwungen.

bb) Ganz ähnlich ist die Lage beim sogenannten „nicht-so-berechtigten“ Besitzer. Mit diesem Ausdruck wird der berechtigte Fremdbesitzer bezeichnet, der sein Besitzrecht nicht der Zeit, sondern dem Umfang nach überschreitet. Daß in diesem Fall die Vertragshaftung beseitigt sei und nur die §§ 987 ff. zur Anwendung kämen, wie aus § 993 Abs. 1 2. Halbs. geschlossen werden könnte, wenn man den nicht-so-berechtigten als nicht-berechtigten Besitzer betrachtet, hat noch niemand behauptet. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Fremdbesitzerexzeß⁹⁰⁾ oder die genauere Lehre Wolffs vom Nicht-so-Berechtigten⁹¹⁾ nimmt vielmehr eine nebeneinander bestehende Haftung aus Vertrag und aus den §§ 987 ff. an.⁹²⁾ Es bestehen aber noch größere Bedenken, die Anwendung der §§ 987 ff. auf den nicht-so-berechtigten Besitzer zuzulassen, als sie bei der Anwendung auf den nicht-mehr-berechtigten bestanden. Was besonders den Fall betrifft, daß der Fremdbesitzer sich zum Eigenbesitzer machen will, so muß der Besitzer dabei seine Besitzerstellung so verändert haben, daß er wirklich Eigenbesitzer wird. Solange aber ein persönlicher Herausgabeanspruch gegen den Fremdbesitzer besteht, kann dieser nicht Eigenbesitzer werden, auch wenn er den Eigenbesitzerwillen hat.⁹³⁾ Nach dem Wortlaut des § 868 wird mittelbarer Besitz begründet, wenn die Besitzberechtigung vorliegt, gleichgültig, ob der

⁹⁰⁾ RGZ 101, 307, 310 f.; 106, 149, 152; 157, 132, 135; BGH JZ 51, 716 (mit Anm. von Raiser). Das RG macht hier keine Unterscheidung zwischen dem berechtigten und dem unberechtigten Besitzer, in RGZ 106, 152 ist die Anwendung beim berechtigten Besitzer ausdrücklich ausgesprochen.

⁹¹⁾ Wolff § 85 I 1 u. II 50 u. Anm. 28; er kann aber nicht, wie es allgemein geschieht, für die Meinung in Anspruch genommen werden, daß die §§ 987 ff. auf jede Besitzrechtsüberschreitung Anwendung finden sollen (vgl. Raiser Eigentumsanspruch S. 134 Anm. 42; Stutz S. 43). Wolff unterscheidet: Ist der Nicht-so-Berechtigte besitzberechtigt, dann Anwendung der §§ 987 ff. nur, wenn er in seiner Fremdbesitzerstellung bleibt und z. B. Nutzungen zieht, die er nicht ziehen darf. Maßt er sich eine andere Fremdbesitzerstellung (§ 85 I 1) oder eine Eigenbesitzerstellung (§ 85 Anm. 20) an, kommen nur die Vertragsbestimmungen in Betracht, im übrigen haftet er bei Überschreitungen, Schädigung, Veräußerung nach § 823 unmittelbar (§ 85 Anm. 28). Anders beim nicht-berechtigten Fremdbesitzer, der sein Besitzrecht überschreitet: bei ihm sollen nur die §§ 987 ff. unter Ausschuß des § 823 in Betracht kommen. Diese von Wolff nicht genau auseinanderzusetzen, verwickelte Lehre ist widerspruchsvoll, die Unterscheidungen beim nicht-berechtigten Fremdbesitzer erscheinen nicht gerechtfertigt.

⁹²⁾ Anspruchskonkurrenz nehmen auch an Westermann § 31 III 2 b, § 32 I (hier keine klare Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Besitzer); Staudinger-Kober § 993 Bem. 2 u. 3; Palandt-Hoche § 987 Vorbem. 2 b bb; hier ist nicht deutlich unterschieden, ob Haftung aus § 823 unmittelbar oder über oder neben §§ 987 ff. anzunehmen ist; er schließt sich BGHZ 31, 129 an.

⁹³⁾ Rosenberg Sachenrecht § 872 Bem. 1 2; Stutz S. 44 f., dort auch Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung, vgl. Anm. 94.

Wille der Beteiligten auf die Schaffung des mittelbaren Besitzes abzielt.⁹⁴⁾ Nach § 870 wird der neue Gläubiger auch ohne den Besitzmittlungswillen mittelbarer Besitzer. Ist aber bei der Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses nicht auf den Willen abzustellen, so ist bei Wegfall des Willens nicht das Erlöschen des mittelbaren Besitzes anzunehmen. Solange ein Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer besteht, kann dieser nicht Eigenbesitzer werden, er bleibt Fremdbesitzer. Diese Argumentation zielt darauf ab, daß der Versuch, Eigenbesitzer zu werden, begrifflich gar nicht unter die wirkliche Stellung eines nichtberechtigten Besitzers gebracht werden kann: der Besitzer ist nicht nichtberechtigter Besitzer, weil er Fremdbesitzer bleibt. Nimmt man aber an, daß ein entsprechender Wille erforderlich ist,⁹⁵⁾ so bestehen unmittelbar gegen die Anwendung der §§ 987 ff. auf diese nicht-so-berechtigten Besitzer Bedenken. Sie richten sich auch dagegen, auf den Fremdbesitzer, der mit Fremdbesitzerwillen zu viele Nutzungen zieht oder die Sache unter Überschreitung seines Besitzrechts beschädigt, die §§ 987 ff. anzuwenden. So haben sich besonders Dietz⁹⁶⁾ und Stutz⁹⁷⁾ überhaupt gegen den Begriff des nicht-so-berechtigten Besitzers gewandt. Sie gaben insbesondere die zutreffende Begründung, daß es unrichtig ist, von einer Überschreitung des Besitzrechts zu reden; denn gerade hinsichtlich des Besitzes ist der, der zu viele Nutzungen zieht oder die Sache beschädigt, berechtigt. Er darf die tatsächliche Sachherrschaft ausüben. Jedenfalls solange der Eigentümer, z. B. bei einer gemieteten Sache, nicht kündigt oder das Besitzrechtsverhältnis sonst seine Beendigung findet, ist das Recht zum Besitz vorhanden. Daran ändert nichts, daß der Besitzer seine Sachherrschaft in einer Art und Weise ausnützt, zu der er nicht berechtigt ist⁹⁸⁾. Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, daß die §§ 987 ff. nicht für den berechtigten Besitzer gelten, so können sie auch hier nicht zur Anwendung kommen; denn es besteht ja nach wie vor ein Besitzrecht. Es bleibt bei einer Ersatzpflicht aus Vertrag, daneben gegebenenfalls der schärferen aus Delikt.⁹⁹⁾ Zeigt sich auf diese Weise, daß auch hier die §§ 987 ff. keine Anwendung finden können, so wird dagegen sogleich wieder eingewandt, daß dem Vermieter, wenn er Eigentümer ist, auch der Eigentumsherausgabeanspruch zustehe, dessen schuldhafte

⁹⁴⁾ Vor allem jetzt Boehmer Grundlagen II 2 S. 41 ff.; früher Stutz S. 44; Rosenberg, Sachenrecht § 868 Bem. II 2 b u. c, VI 3 c, § 872 Bem. I 2; Kipp bei Windscheid I § 180; Kress S. 215 f.; Leonhard S. 73 ff.; Müller Gruchot 54, 226 f., 247 f.; Müller-Erzbach AcP 142, 587; a. A.: Westermann § 17,5, § 18,2, § 19 II; Baur § 7 III 1 b u. 3 b; Wolff § 15 II 2; Wolff-Raiser § 8 I 2; Planck-Brodmann § 868 Bem. 4 b u. 7; Staudinger-Kober § 868 Bem. V 2 b; Biermann § 868 Bem. 7; BGB-RGRK § 868 Bem. 6; Schönfeld JZ 59, 302; Prizibilla S. 76. Auf die Frage des Besitzmittlungswillens und die Unterschiede in den einzelnen Auffassungen kann hier nicht eingegangen werden.

⁹⁵⁾ Wie wohl die h. M., vgl. Anm. 94.

⁹⁶⁾ Anspruchskon. S. 190 ff., 193.

⁹⁷⁾ Stutz S. 37 ff., 49.

⁹⁸⁾ Dietz S. 192 „darf die tatsächliche Gewalt innehaben“; Stutz S. 38 „keine Veränderung seiner Besitzstellung als solcher“.

⁹⁹⁾ Über die letztere Frage – unmittelbare Haftung aus § 823 oder über § 992 – besteht auch bei denjenigen Streit, die die Lehre vom Nicht-so-Berechtigten ablehnen. Da aber die §§ 987 ff. beim berechtigten Besitzer überhaupt nicht herangezogen werden dürfen, taucht die Frage nach richtiger Ansicht gar nicht erst auf (vgl. Raiser, Eigentumsanspruch S. 134 Anm. 43; Lent, Gesetzesk. S. 257 ff.; Schmidt S. 168 ff.). Dietz S. 213 will bei einer Umwandlung der Besitzart diese als Begründung neuen, unrechtmäßigen Besitzes behandeln und kommt damit doch zu einer Anwendung des § 992, den er nur für den Eigenbesitzer gelten läßt. Westermann § 31 IV 2 b unterscheidet nicht zwischen berechtigtem und unberechtigtem Fremdbesitzer, sondern zwischen gut- und bösgläubigem, bei letzterem wendet er § 823 unmittelbar an. Vgl. auch Heck § 69,2.

Verletzung durch die §§ 987 ff. geschützt werden müsse. Die Bestimmungen wollten dafür sorgen, daß der Besitzer die Sachen ordentlich behandle. Wenn er das nicht tue und sein Besitzrecht überschreite, sei als Ersatz für den Herausgabeanspruch der Schadenersatzanspruch zu geben.¹⁰⁰⁾, ¹⁰¹⁾

d) *Die Trennung des Hauptanspruchs von den Nebenansprüchen beim Eigentumsherausgabeanspruch*

aa) Wenn aber der Grundsatz feststeht, daß die §§ 987 ff. nur für den nichtberechtigten Besitzer im engeren Sinne gelten, nicht-mehrberechtigter und nicht-soberechtigter Besitzer also gar nicht unter diesen Begriff fallen, kann umgekehrt von den §§ 987 ff. auf die Geltung des § 985 geschlossen werden.¹⁰²⁾ Die §§ 985–1006 regeln ein einziges Rechtsverhältnis. Die Ansprüche aus den §§ 987 ff. setzen voraus, daß der Vindikationsanspruch besteht oder bestand; denn die §§ 985–1006 dienen alle zusammen dem Schutz des besitzberechtigten Eigentümers. Der Hauptanspruch des § 985 und die Neben- und Ersatzansprüche der §§ 987 ff. stehen insoweit in einem unlösbaren Zusammenhang. Die Ersatzansprüche treten nur an die Stelle des Herausgabeanspruchs, die übrigen Ansprüche bestehen neben ihm, aber nicht unabhängig von ihm.¹⁰³⁾ Der Ersatzanspruch, der gewöhnlich in der Bestimmung über die Herausgabepflicht enthalten ist, ist hier in besonderen Paragraphen geregelt und § 985 somit zu einem bloßen Auskehrungsanspruch gemacht worden.¹⁰⁴⁾ Diese bloße Übertragungspflicht wird hier nur unter bestimmten Umständen zur Verschaffungspflicht¹⁰⁵⁾, während bei anderen Herausgabeansprüchen diese Verschaffungspflicht unter allen Umständen besteht.¹⁰⁶⁾ Das sagt aber doch nichts dafür, daß man die Bestimmungen systematisch trennen kann. Gerade das wird aber getan, wenn man „grundsätzlich“ den Herausgabeanspruch aus § 985 gegen den unberechtigten und den berechtigten Besitzer gibt und die Ersatz- und Nebenansprüche nur bei dem unberechtigten Besitzer für gegeben hält.

bb) Eine verschiedene Behandlung der Ansprüche hinsichtlich der Passivlegitimation ist auch nicht deshalb möglich, weil der Eigentumsherausgabe-

¹⁰⁰⁾ So z. B. Cyrullius S. 30.

¹⁰¹⁾ Die analoge Anwendung der §§ 987 ff., die ebenfalls abzulehnen ist (vgl. Stutz S. 41 f.), braucht nicht untersucht zu werden, da sie nichts dagegen sagen würde, daß die §§ 987 ff. nur auf den unrechtmäßigen Besitzer anzuwenden sind.

¹⁰²⁾ Dieser Schluß wird aber, soweit ersichtlich, nur von Siber, Passivleg. S. 233 ff., Rechtszw. S. 130 gezogen, vgl. auch Anm. 109.

¹⁰³⁾ Für strenge Trennung der Ansprüche Wittmann S. 19, da die Ansprüche aus §§ 987 ff. das Eigentum nur in der Weise zur Grundlage hätten, wie die Ansprüche aus Eigentumsdelikten. Das ist unrichtig: es muß der Eigentumsanspruch bestehen oder bestanden haben.

¹⁰⁴⁾ Vgl. Planck-Brodmann § 985 Bem. 2 a, c; Siber JhJ 89 S. 17; Siber bei Planck §§ 275–292 Vorbem. III 4 b.

¹⁰⁵⁾ Der Vindikationsanspruch ist hier dem Bereicherungsanspruch ähnlich. Während § 812 nur auf Herausgabe des noch Vorhandenen geht, verpflichten §§ 818, 819 ff. unter bestimmten Umständen zu einer Verschaffung der Sache, also auch zur Rückverschaffung aus dritter Hand und zur Haftung wegen Unmöglichkeit. Niemand wird deshalb auf die Idee kommen, in den §§ 818, 819 und in § 812 zwei verschiedene Ansprüche zu sehen, die hinsichtlich des Verpflichteten verschieden behandelt werden können.

¹⁰⁶⁾ Vertragliche Ansprüche sind in allen gesetzlichen Fällen Verschaffungsansprüche mit Verschaffungspflicht und mit Haftung für Verschulden, wobei Haftungsmaßstab grundsätzlich § 276 ist. Bei Deliktsansprüchen, die ebenfalls Verschaffungsansprüche sind, besteht eine Haftung auch für Zufall (§ 848). Vgl. im einzelnen Siber JhJ 89 S. 19 f.; SachR. § 28, 2. SchuldR. § 14 II 1 b.

anspruch ohne Übertragung des Eigentums nicht abgetreten werden kann,¹⁰⁷⁾ während bei den Nebenansprüchen eine Abtretung ohne die gleichzeitige Abtretung des Eigentums für zulässig erachtet wird. Die Möglichkeit, einen Anspruch abzutreten, sagt immer nur etwas über die Aktivlegitimation aus. Der Eigentumsanspruch kann eben nur vom Eigentümer geltend gemacht werden, Ersatz- und Nutzungsansprüche auch von Nichteigentümern, wenn sie die Ansprüche vom Eigentümer abgetreten erhielten. Immer sind die Ansprüche gegen den unberechtigten Besitzer gerichtet.

cc) Es ist nicht verständlich und nur aus der Vernachlässigung der Untersuchung des Verhältnisses des Anspruchs aus § 985 zu denen aus §§ 987, 989 ff., 992, 994 ff. zu erklären, wenn der Eigentumsherausgabeanspruch gegen den unberechtigten und gegen den berechtigten Besitzer gerichtet sein soll, seine Ergänzung, insbesondere aber sein Surrogat, der Ersatz für seine ganze oder teilweise Vereitelung – eine Vereitelung, die doch dann sowohl der unberechtigte wie der berechtigte Besitzer herbeigeführt haben konnte –, nur gegen den unberechtigten. Folgerichtig wäre es, die letzteren Ansprüche auch gegen den berechtigten Besitzer zu gewähren. Wenn dies nach dem Willen des Gesetzes, der sich aus der Konstruktion der Ansprüche ergibt, nicht möglich ist, die Einheitlichkeit des Anspruchs aber gewahrt werden muß, bleibt nur der Schluß, den Siber gezogen hat¹⁰⁸⁾.

Dieser Schluß wird von anderen nur selten überhaupt als Möglichkeit erwähnt; manchmal wird ihm ohne Begründung widersprochen.¹⁰⁹⁾ Ausdrücklich wendet sich gegen diese Schlußfolgerung Margarete Scherk.¹¹⁰⁾ Sie führt aus, daß für die Frage, ob der Eigentumsherausgabeanspruch bestehe oder nicht, nur die Tatsache in Betracht komme, ob ein dem dinglichen Recht des Eigentümers widersprechender Zustand bestehe oder nicht. Wenn man dem Eigentümer – gleich aus welchen Gründen – den Herausgabeanspruch gegen den Besitzschuldner versage, so müsse man anerkennen, daß das dingliche Recht durch die Begründung eines Schuldverhältnisses gegen seine Verletzung reaktionslos werden könne. Nach ihrer Auffassung sei zwar das dingliche Recht durch die Begründung eines fremden Rechts zum Besitz inhaltlich beschränkbar, so daß Handlungen, die ohne das Recht zum Besitz eigentlich Eigentumsverletzungen wären, auf Grund des Rechts zum Besitz keine Verletzungen des dinglichen Rechts mehr seien; damit sei aber keineswegs die Reaktionsunfähigkeit des dinglichen Rechts gegen solche Verletzungen behauptet.¹¹¹⁾ Durch die Unmöglichkeit der Beschränkung der Anwendung des § 985 sei ein Rückschluß von den §§ 987 ff. auf § 985 unzulässig. Er sei vor allem auch unnötig; denn wenn man die Bestimmung des § 986 als eine Anspruchsverneinung ansehe, könne die grundsätzliche Geltung des § 985 gegen den berechtigten und den unberechtig-

¹⁰⁷⁾ So ein Teil der Lehre: Westermann § 30 I 3; Wolff-Raiser § 84 VI 3, § 46 VI; Baur § 2 I 1 a aa; § 11 C I 3; Palandt-Hoche § 985 Bem. 1; Erman-Hefermehl § 985 Bem. 1 b; Planck-Brodmann § 985 Bem. 3; Lent, SachR. § 39 VI; Begründung ist die Dinglichkeit des Anspruchs, der mit dem Eigentumsrecht untrennbar verbunden sei; a. A. sind Staudinger-Berg § 985 Bem. 9; BGB-RGRK § 985 Bem. 25; Heck, Exkurs 3 S. 493 f.; Oertmann Abtretung S. 51; Raape JhJ 71 S. 120; RG JW 32, 1206.

¹⁰⁸⁾ Vgl. Anm. 102.

¹⁰⁹⁾ Schlemmer S. 23; Vogelsang S. 27.

¹¹⁰⁾ Scherk JhJ 67 S. 366.

¹¹¹⁾ Scherk JhJ 67 S. 367.

ten Besitzer aufrecht erhalten werden. Nur gegen den, der kein Recht zum Besitz habe, seien dann die Folgeansprüche gegeben. Damit sei jede unbillige Verschiedenheit zwischen dinglichem und persönlichem Herausgabeanspruch beseitigt.¹¹²⁾

dd) Diese Gegengründe widerlegen freilich nicht direkt, daß die Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den berechtigten Besitzer den Ausschluß des dinglichen Eigentumsherausgabeanspruchs durch den persönlichen Anspruch beweist. Sie sind eine verfeinerte und ausführlichere Wiederholung der These, daß der Eigentümer bei jeder Beeinträchtigung seines Eigentums einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung haben müsse.

Doch lenken die Argumente das Augenmerk auf zwei entscheidende Punkte: nämlich, welcher Charakter und welche Funktion den Bestimmungen des § 986 zukommt, weiter, ob und welcher Unterschied zwischen einem dinglichen und einem persönlichen Anspruch besteht und was unter dem dinglichen Recht „Eigentum“ zu verstehen ist. Die Untersuchung dieser Fragen ist in der Tat für die endgültige Entscheidung über das Verhältnis der Herausgabeansprüche zueinander maßgebend. Insbesondere muß die Vorschrift des § 986 einen besonderen Platz in dem System der Wechselwirkungen bekommen; denn hier ist offensichtlich der Schnittpunkt der beiden Ansprüche.

Bevor dies eingehender geprüft wird, soll untersucht werden, ob sich nicht aus den allgemeinen Regeln über die Konkurrenz der Ansprüche eine eindeutige Lösung und Entscheidung ergibt.

¹¹²⁾ Scherk JhJ 67 S. 370.

III. KAPITEL

Die möglichen Formen der Konkurrenz der Herausgabeansprüche

1. Die Lehre von der Gesetzes- und der Anspruchs Konkurrenz

a) Die Lehre von der Gesetzeskonkurrenz im Gegensatz zur Anspruchs Konkurrenz ist weit davon entfernt, eine völlige Klärung gefunden zu haben. Zwar sind die Begriffe Gesetzeskonkurrenz und Anspruchs Konkurrenz überall geläufig, sie werden auch häufig verwendet.¹¹³⁾ Trotz umfangreicher Untersuchungen, insbesondere zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz¹¹⁴⁾, konnte für den Bereich des Zivilrechts keine Begriffsbestimmung gefunden werden, der sich die folgenden Darstellungen der Einzelprobleme der Konkurrenz bestimmter Normen anschließen vermochten. Soweit die genannten Untersuchungen nicht auf eine Definition überhaupt verzichten, geben sie eine eigene Definition, die meist gerade auf das in Frage stehende Problem zugeschnitten ist¹¹⁵⁾. Die Schwierigkeit der Beurteilung der entsprechenden Fragen kommt insbesondere daher, daß das BGB keine Vorschriften über das Verhältnis von Ansprüchen, die auf ein und denselben Lebensvorgang zutreffen, gegeben hat.¹¹⁶⁾

Anders ist die Lage im Strafrecht, das in den §§ 73, 74 eine Definition von Ideal- und Realkonkurrenz gibt.¹¹⁷⁾ Auch mußte sich hier die Rechtslehre und Rechtsprechung eingehend mit den Problemen befassen, da die Strafe davon abhängt, welche Norm zur Anwendung kommt.¹¹⁸⁾ Daher wird manchmal versucht, Begriffsbestimmungen und Voraussetzungen aus der Strafrechtslehre zu übernehmen.¹¹⁹⁾ Dagegen ist insbesondere einzuwenden, daß das Zivilrecht anderen Zwecken dient als das Strafrecht.¹²⁰⁾ Dies hindert zwar nicht, abstrakt die gleichen Erfordernisse, z. B. bei Subsumtion oder Subsidiarität aufzustellen, soweit sie auf logischen Gedankengängen beruhen. Jedoch, was unter dem einzelnen Anspruch zu verstehen ist und welche allgemeinen Regeln für die Individualisierung der Ansprüche anzuwenden sind, kann sich nur bei Betrachtung der besonderen Lage im Zivilrecht ergeben, wo nicht die Tat samt

¹¹³⁾ Vgl. Rosenberg § 88 II 3 a; Enneccerus-Nipperdey § 60, § 228 III; Enneccerus-Lehmann § 232; Esser § 23; Verwendung ohne Erklärung; Siber, Schuldrecht § 51 3 d; Larenz § 69 VI.

¹¹⁴⁾ Hellwig Anspruch S. 90 ff.; Langheineken S. 135 ff.; Last S. 9 ff.; Savigny, System V § 231/236; Eisele AcP 79, 327 ff.; Wrzesinski S. 8 ff. und die Monographien von Lent, Gesetzesk., Schmidt Gesetzesk., Dietz Anspruchsk., Klatzko.

¹¹⁵⁾ Z. B. Larenz § 69 VI bei der Frage des Verhältnisses der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 zueinander und des Vertrags- zum Deliktsanspruch, der dabei die Theorie der Anspruchs Konkurrenz überhaupt verwirft; ähnlich auch Esser § 23, 2, § 201 3 d, vgl. auch § 201 3 g.

¹¹⁶⁾ Vgl. oben Anm. 27. Die Lösung der Frage sollte der Rechtslehre überlassen bleiben. Das Gesetz hat nicht einmal die Merkmale eines Anspruchs festgelegt, so daß das Verhältnis von Rechtsverhältnis, Schuldverhältnis, Forderung und Anspruch fraglich ist.

¹¹⁷⁾ Nicht aber der Gesetzeskonkurrenz. Dies wird von denen leicht übersehen, die die Begriffe der Strafrechtslehre in das bürgerliche Recht übernehmen wollen. Die Konkurrenzlehre ist terminologisch und sachlich gerade auch bei dem Begriff der Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht äußerst strittig. Vgl. Baumgarten StrafrAbhl. Heft 103 S. 62 ff.; Hirschberg ZStW 53 S. 34 ff.; Klug ZStW 68 S. 399 ff.; Schönke-Schröder § 73 ff. Vorbem. VII m.w.N.; Schwarz-Dreher § 73 Vorbem. 2; Mezger Strafrecht I § 99; Maurach § 55 I B m.w.N.

¹¹⁸⁾ Während im bürgerlichen Recht nur davon abhängt, ob man eine Leistung aus einem oder mehreren Gründen verlangen darf, was freilich für den Umfang der Leistung Folgen haben kann.

¹¹⁹⁾ Hellwig, Anspruch S. 97 ff., Lehrb. I § 37 IV Nr. 4; insbes. Lent Gesetzesk. S. 1 ff.

¹²⁰⁾ Gegen die Übernahme wenden sich Wrzesinski S. 41; Danzmann S. 31; Friedrich S. 5.

ihren Folgen im Blickpunkt steht, sondern ein Rechtsverhältnis mit dem daraus entspringenden Anspruch gegen einen anderen.

Und gerade hier, bei der Definition von Anspruch, Tatbestand und Sachverhalt bestehen die Meinungsverschiedenheiten, wenn man einmal von den terminologischen Fragen absieht, ob Anspruchskonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz der allgemeinere Begriff ist,¹²¹⁾ ob unter Gesetzeskonkurrenz das Bestehen von Ansprüchen nebeneinander oder nur der Fall der Spezialität¹²²⁾ oder Subsidiarität zu verstehen ist oder allgemein der Fall des Ausschlusses des einen Anspruchs durch den anderen.¹²³⁾

Da es sich hier nicht darum handeln kann, die gesamte Lehre von der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz zu entwickeln und zu erörtern, so sehr sie für das anstehende Problem von Bedeutung ist, wird von einigen von vornherein festzulegenden Begriffen ausgegangen und auf deren Hintergrund eine Untersuchung der verschiedenen Meinungen vorgenommen.

b) Von Gesetzeskonkurrenz ist dann ganz allgemein zu sprechen, wenn ein historischer Vorgang unter mehrere gesetzliche Bestimmungen gebracht werden kann, die an ihn verschiedene Rechtsfolgen knüpfen, mögen diese gleicher Art, aber enger oder weiter, oder ganz anderer Art sein.¹²⁴⁾ Die Frage nach der Gesetzeskonkurrenz stellen, heißt also fragen, ob ein historischer Vorgang überhaupt unter mehrere Gesetzesbestimmungen subsumiert werden kann.

c) Wenn dies festgestellt ist, gibt es in der Folge verschiedene Lösungsmöglichkeiten.

Es kann sein, daß die Rechtsfolgen der in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen verschiedener Art sind. Wenn sie verschiedenen Zwecken dienen, treten die Rechtsfolgen der in Frage kommenden Bestimmungen nebeneinander.¹²⁵⁾ Diese Form kann als kumulative Gesetzeskonkurrenz bezeichnet werden.¹²⁶⁾

Unter die kumulative Gesetzeskonkurrenz gehören aber auch einige Fälle der sogenannten Anspruchskonkurrenz, nämlich dann, wenn sich aus dem gleichen Sachverhalt¹²⁷⁾ über verschiedene gesetzliche Bestimmungen Ansprüche ergeben, die selbständig nebeneinander stehen und auf die Befriedigung des

¹²¹⁾ Anspruchskonkurrenz Unterfall der Gesetzeskonkurrenz: Herbst S. 3.

¹²²⁾ Schulze S. 402; Wrzeszinski S. 39.

¹²³⁾ Lent Gesetzesk. S. 38 als genauere, eigentliche Definition; Langheineken S. 140; Stutz S. 2 v. Tuhr I S. 276; Hellwig Lehrb. I S. 266 f. („reine Gesetzeskonkurrenz“); Anspruch S. 67 f.; System I S. 323; Klatzko S. 38 („enger, technischer Begriff der Gesetzeskonkurrenz“); Dietz Anspruchsk. S. 16; Klug für den Begriff im Strafrecht S. 398 f.

¹²⁴⁾ Enneccerus-Nipperdey § 60 S. 349; Lent Gesetzesk. S. 4 [vgl. Anm. 122]; Schmidt S. 2; Oertmann Gesetzesk. S. 876 ff., aber S. 878; Klatzko S. 35 und Herbst S. 3, die beide auf den gleichen Zweck einschränken; Binding Handbuch I S. 333; Lehmann Allg. Teil § 8 IV; Hellwig System I S. 323.

¹²⁵⁾ Das bekannteste Beispiel ist das Nebeneinanderbestehen der Verpflichtungen des Erbschaftsbesitzers zur Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten (§ 2018) und zur Auskunftserteilung über den Bestand der Erbschaft (§ 2027 Abs. 1).

¹²⁶⁾ Enneccerus-Nipperdey S. 350 Nr. 1; Schmidt S. 72 ff.; Klatzko S. 34; Oertmann Gesetzesk. S. 878; Lent S. 5 ff. und Herbst S. 4 wollen unter Gesetzesk. nur das Zusammentreffen der Bestimmungen, die einen gleichen oder ähnlichen Zweck haben, verstehen, die kumulative Gesetzesk. also von vornherein ausschalten, so daß nur Bestimmungen darunter fallen, „deren Anwendbarkeit in Frage zu stellen ist“ (Klatzko S. 35). Ebenso Savigny System V S. 232; Levy S. 24. Dieser Begriff ist aber zu eng. Eine klare Scheidung der Arten kann nur bei einem weiten Begriff der Gesetzesk. erreicht werden, kein mehrfaches Auftreten von Gesetzesfolgen bei einem Tatbestand darf herausfallen.

¹²⁷⁾ Sofern man diesen Fall überhaupt für möglich hält.

gleichen Interesses gerichtet sind. Anspruchskonkurrenz fällt nur dann nicht unter die Gesetzeskonkurrenz, wenn aus verschiedenen Sachverhalten sich die verschiedenen Ansprüche ergeben, die auf die Befriedigung des gleichen Interesses gerichtet sind.¹²⁸⁾ Auch bei diesem Fall der Anspruchskonkurrenz treten freilich die Gesetzesbestimmungen und Ansprüche kumulativ nebeneinander, daher muß auch hier, will man die Anspruchskonkurrenz bejahen, vorher geprüft werden, ob nicht Konsumtion oder Alternativität vorliegt. Alternative Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn mehrere Ansprüche, die auf verschiedene Folgen gerichtet sind, gegeben sind, der Anspruchsberechtigte aber nur die Wahl hat, den einen oder den anderen zu verwirklichen.^{129), 130)} Es ist aber vor allem die Möglichkeit gegeben, daß die eine Vorschrift die andere ausschließt. Dieser Fall ist allgemein als Konsumtion zu bezeichnen.¹³¹⁾ Eine Vorschrift schließt eine andere Norm unter verschiedenen Voraussetzungen aus. Häufig ist der Fall der Spezialität, möglich auch der der Subsidiarität. Doch führt nicht jeder Fall der Spezialität oder Subsidiarität zu einer Konsumtion,¹³²⁾ vielmehr ist die Auslegung und Rechtsfindung im Einzelfall entscheidend. Daher bestehen Meinungsverschiedenheiten jeweils nicht nur darüber, welche Norm als *lex specialis* und welche als *lex generalis* zu gelten hat, sondern auch darüber, in welchem Umfang Konsumtion eintritt.¹³³⁾

2. *Anspruchs- oder besondere Gesetzeskonkurrenz bei den Herausgabeansprüchen?*

a) *Der Begriff des Tatbestandes als Ausgangspunkt*

Die herrschende Lehre, die beim Verhältnis des Herausgabeanspruchs aus § 985 zu den übrigen Herausgabeansprüchen, insbesondere zu denen aus Vertrag,

¹²⁸⁾ *Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz* verhalten sich — so definiert — wie zwei sich schneidende Kreise. Nicht ganz richtig daher bei Enneccerus-Nipperdey § 60 Anm. 6 S. 350 die Kritik an BGH NJW 54, 145. Eine Spezialuntersuchung zum Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zur Anspruchskonkurrenz fehlt, soweit ersichtlich, völlig.

¹²⁹⁾ Geläufigstes Beispiel ist die Wahlmöglichkeit des Verkäufers (unter den in §§ 459, 460 aufgestellten Voraussetzungen) zwischen Wandlung (§ 462), Minderung (§§ 462, 459 Abs. 1 S. 2) und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463). Weitere Beispiele bei Enneccerus-Nipperdey § 60 Anm. 3 S. 350, vgl. dort auch über die Folgen der Wahl.

¹³⁰⁾ Von der Anspruchsk. bestehen auch zur alternativen Gesetzesk. Parallelen; denn auch bei der Anspruchskonk. hat der Gläubiger die Wahl zwischen den Ansprüchen, aber die beiden Formen der Konkurrenz sind streng zu scheiden. Bei der Alternativität ist das Verhältnis der Bestimmung zueinander wirklich alternativ, so daß bei Verwirklichung des einen Anspruchs die anderen schlechthin ausgeschlossen sind. Bei der Anspruchskonkurrenz erlöschen bei der Verwirklichung eines Anspruchs die anderen nur insoweit, als sie sich dem Inhalt und Umfang nach mit dem erfüllten Anspruch decken, und das nur deshalb, weil der Gläubiger nicht zweimal befriedigt werden soll. Beispiel bei Enneccerus-Nipperdey § 60 Anm. 7 S. 351; vgl. Enneccerus-Lehmann § 232.

¹³¹⁾ Diese Form der Gesetzeskonkurrenz wird von manchen (vgl. Anm. 126) allein als Gesetzeskonkurrenz bezeichnet. Die Untersuchungen von Lent und Schmidt behandeln hauptsächlich die einzelnen Möglichkeiten innerhalb dieser besonderen Gesetzeskonkurrenz. Vgl. im Strafrecht die Ausführungen von Klug S. 440 ff., der ein abstrakt-logisches System der Formen der Gesetzeskonkurrenz aufstellen will (S. 474).

¹³²⁾ Dieses Ergebnis zieht Enneccerus-Nipperdey § 60 II richtigerweise aus den bisherigen Untersuchungen. Die Frage der Voraussetzungen der *lex specialis* und der Konsumtion scheint nicht beantwortet werden zu können. Ebenso schon Siber bei Planck S. 6 f.

¹³³⁾ Konsumtion kann bei Anspruchskonkurrenz auch bezüglich einzelner Voraussetzungen eintreten, Enneccerus-Nipperdey § 60 Anm. 5 S. 350.

Anspruchskonkurrenz annimmt, erläutert nicht näher, was sie unter diesem Begriff versteht.¹³⁴⁾ Zumeist wird jedoch betont, daß jeweils überhaupt schon zwei verschiedene „Tatbestände“ vorliegen, die anspruchserzeugend seien, daß also der Fall gegeben ist, der oben als aus dem Begriff der allgemeinen Gesetzeskonkurrenz herausfallend bezeichnet wurde. Dem steht schroff die Meinung Sibers gegenüber, der einmal schon die Verschiedenheit der „Tatbestände“ leugnet und weiter annimmt, daß Konsumtion der Ansprüche zugunsten des vertraglichen Herausgabeanspruchs eintrete.

Der Begriff des Tatbestands ist also der Ausgangspunkt für die Verschiedenheit der Ansichten. Zu klären, was unter ihm zu verstehen ist, haben sich auch die Untersuchungen von Lent und Schmidt zur Aufgabe gemacht; denn dieser Begriff ist offensichtlich auch von entscheidender Bedeutung für die Lösung der Frage, in welchem Verhältnis die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zueinander stehen.

b) Die Meinung von Siber

Siber hat keine ausführliche Lehre vom Tatbestand oder von der Gesetzes- oder Anspruchskonkurrenz entwickelt. Seine Ansichten können bezüglich der Herausgabeansprüche etwa so zusammengefaßt werden: Anspruchskonkurrenz liegt namentlich dann vor, wenn bei Identität der Subjekte mehrere Ansprüche auf dieselbe, nur einmal zu bewirkende Leistung aus einem oder mehreren Schuldverhältnissen oder sonstigen Rechtsverhältnissen bestehen.¹³⁵⁾ Da für ihn als Merkmal der Individualisierung des Anspruchs Entstehungsgrad, Leistungsgegenstand, Subjekte und zulässige Einwendungen gelten¹³⁶⁾ — er folgt damit der gemeinrechtlichen Lehre¹³⁷⁾ —, liegt Anspruchskonkurrenz dann vor, wenn mehrere Entstehungsgründe gegeben sind. Entstehungsgrund ist aber der historische Vorgang, der zur Anspruchsbegründung geeignet ist.¹³⁸⁾ Auch Siber betrachtet daher nicht, wie ihm vorgeworfen wurde¹³⁹⁾, den historischen Vorgang für sich, sondern jeweils im Hinblick auf einen Anspruch, ohne freilich nach rechtlichen Gesichtspunkten aufzuliedern und ohne damit lediglich einen Teil des tatsächlichen Vorgangs herauszugreifen und als wesentlich zu betrachten. Eine solche Betrachtungsweise ist leicht möglich im Prozeß; denn dort hat es der Kläger in der Hand, den historischen Vorgang ausschnittsweise auf eine bestimmte von ihm gewünschte rechtliche Folge hin vorzutragen. Er bestimmt mit seinem Klagebegehren den prozessualen Anspruch.¹⁴⁰⁾ Diese prozessuale Frage hat aber nichts mit der Frage zu tun, welcher Anspruch oder welche Ansprüche dem wirklich vorliegenden ganzen historischen Tatbestand entsprechen. Freilich kann der Kläger nur darlegen, daß er Eigentümer ist und

¹³⁴⁾ Eine Ausnahme macht Herbst S. 2 ff., der in Anlehnung an Oertmann ausführlich zum Begriff der Anspruchskonkurrenz Stellung nimmt.

¹³⁵⁾ Siber bei Planck S. 5.

¹³⁶⁾ Siber Passivleg. S. 227; ähnliche Langheineken S. 135.

¹³⁷⁾ Für die Gleichheit der Anspruchskriterien im Gemeinen Recht und BGB: Hölder AcP 93 S. 15 ff., der jedoch die Möglichkeit einer Anspruchsk. ganz leugnet, da § 194 bei einem Erfolg auch nur einen Anspruch kenne (S. 16).

¹³⁸⁾ Siber bei Planck S. 5, Passivleg. S. 237, Rechtszwang S. 128.

¹³⁹⁾ So z. B. Herbst S. 21.

¹⁴⁰⁾ Vgl. zu diesem ausführlich erörterten Begriff Rosenberg § 88 II 2; Schwab S. 141; Boetticher S. 86; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 253 Vorbem. II 5 m. w. N.; Thomas-Putzo Einl. II 5, die von „Begehren“ sprechen; Habscheid S. 141 ff., der von „Rechtsbehauptung“ spricht.

das Mietverhältnis verschweigen oder umgekehrt den Mietvertrag in den Vordergrund schieben und sein Eigentum unerwähnt lassen. Dies ändert aber nichts daran, daß der Beklagte den Besitz in einem einmaligen Vorgang vom Eigentümer auf Grund des Mietvertrages erhalten hat. Bei einem solchen einzigen historischen Vorgang liegt aber grundsätzlich nach Siber¹⁴¹⁾ keine Anspruchskonkurrenz vor.

Doch bleibt auch Siber nicht bei diesen Gedanken stehen. Zu Unrecht wirft man ihm vor, er berücksichtige nicht, daß auch ein tatsächlicher Vorgang mehrere Ansprüche zeitigen könne.¹⁴²⁾ Jedenfalls in seinen jüngeren Ausführungen¹⁴³⁾ hält Siber Anspruchskonkurrenz auch dann für denkbar, wenn nur ein und derselbe tatsächliche Vorgang durch mehrere Gesetzesvorschriften gedeckt wird; denn, so sagt er mit Lent¹⁴⁴⁾, Identität des Tatbestandes ist mit der Mehrheit der ihm entspringenden Rechte vereinbar, und Individualisierungsmerkmale für Ansprüche sind nicht nur die zugrunde liegenden – gemeint ist historischen – Tatbestände, sondern auch die vom Gesetz an sie geknüpften Folgen. Damit ist aber auch der Ausnahmecharakter dieses Falles von Anspruchskonkurrenz gekennzeichnet; denn die Rechtsfolgen weisen nur dann Individualisierungsmerkmale auf, wenn jeder der Ansprüche eine eigene praktische Funktion hat, wenn er für sich einer Entwicklung fähig ist, an der die übrigen keinen Anteil haben. Ohne diese Unterschiede handelt es sich um eine besondere Gesetzeskonkurrenz. Die Entscheidung für die eine oder andere Konkurrenzform ist also auch schon bei Siber sehr am Zweck orientiert und kann auch seiner Meinung nach nur am Einzelfall beantwortet werden.

Im Verhältnis des § 985 zu den §§ 556, 558 oder den §§ 695, 690 und zu allen anderen schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen nimmt Siber Gesetzeskonkurrenz zugunsten der letzteren an.¹⁴⁵⁾ Einmal ist, so führt er aus, nur ein Entstehungsgrund vorhanden.¹⁴⁶⁾ Die Weggabe des Besitzes durch den Eigentümer – und nur um solche Fälle des § 985 handelt es sich hier – ist nicht verschieden von der Weggabe des Besitzes durch den Vermieter, Verleiher usw. Der Grund der Besitzüberlassung der einen Person, die Eigentümer und Vermieter ist, ist der Vertrag. Es liegen nicht sozusagen zwei Besitzüberlassungen vor, die des Eigentümers an den Besitzer und die des Vermieters an den Mieter. Wenn der Vermieter nicht Eigentümer ist, sind freilich zwei Ansprüche gegeben, aber nicht deshalb, weil zwei Besitzüberlassungen vorliegen, sondern weil trotz Identität des Tatbestandes die Subjekte, deren Verschiedenheit oder Gleichheit ebenfalls Individualisierungsmerkmal des Anspruchs ist, verschieden sind.¹⁴⁷⁾

¹⁴¹⁾ Siber bei Planck S. 5.

¹⁴²⁾ Oertmann Herausgabeanspr. S. 56; Last Einwendungen § 26 Anm. 130 S. 465 unter Bezug auf Langheineken S. 137, der aber dort eine Mehrheit von Ansprüchen dann für gegeben hält, wenn bei Einheit des äußeren rechtserzeugenden Tatbestands die Einheit des konkreten Rechtsverhältnisses fehlt; damit nimmt er die Rechtsfolge in den Tatbestand hinein, was oben abgelehnt wurde.

¹⁴³⁾ Siber bei Planck S. 5.

¹⁴⁴⁾ Lent Gesetzesk. S. 90 f.

¹⁴⁵⁾ Siber Rechtszw. S. 116 ff., 127 ff., Passivleg. S. 228 ff., bei Planck S. 6; ebenso Sohm Institutionen § 65 Anm. 8; dagegen ausdrücklich Prym S. 56; Oertmann JhJ 61 S. 44 ff.; Herbst S. 21 ff.; Schlemmer S. 21; Stiel S. 15 f.

¹⁴⁶⁾ Dies wird am entschiedensten von Dietz S. 182 f. bestritten. Dieser nimmt, um den Gesetzes-tatbestand zu formen, zu dem Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz (das ja zugleich Element des schuldrechtlichen Handelns ist) noch die Statik des dinglichen Rechts hinzu; daß diese für den Eigentums Herausgabeanspruch ebenso relevant ist, müßte aber noch bewiesen werden.

¹⁴⁷⁾ Siber bei Planck S. 6.

Siber nimmt, was als Inkonsequenz zu der Ablehnung seiner ganzen Theorie geführt hat,¹⁴⁸⁾ allerdings an, daß bei nachträglicher Vereinigung der Ansprüche in einer Person doch zwei Ansprüche nebeneinander bestehen können.¹⁴⁹⁾ Das ist eine unbedingt notwendige Folgerung aus der Bestimmung des Anspruchs nach seinem Entstehungsgrund.

Es kann sich für Siber folglich nur mehr um die Frage handeln, ob bei einem Entstehungsgrund zwei Herausgabeansprüche gegeben sind. Siber meint aber, daß auch die Rechtsfolgen gleich sind. Ist, wie hier, das Nebeneinanderbestehen der Ansprüche nicht positivrechtlich geregelt, so verlangt die Rechtslogik, daß es „an jedem Kriterium für die Mehrheit von Ansprüchen gebricht, wenn bei Identität des Entstehungsgrundes, des Leistungsgegenstandes und der Subjekte auch die rechtliche Behandlung der angeblich mehreren Ansprüche die gleiche ist.“¹⁵⁰⁾ Soweit es sich um die „Auskehrung“ der Sache selbst handelt, sind aber — immer nach Siber — der dingliche und der vertragliche Herausgabeanspruch inhaltsgleich. Wenn der erstere nicht durch das hinzukommende Element der Unredlichkeit des Besitzers oder der Rechtshängigkeit „verschärft“ wird, geht er nicht einmal auf Verschaffung oder bei schuldhafter Verschlechterung oder Verlust auf Schadenersatz. Auch diese Trennung des primären Anspruchs vom sekundären in zwei Vorschriften kann beim Eigentumsherausgabeanspruch nicht dazu führen, einen verschiedenen Leistungsgegenstand anzunehmen.¹⁵¹⁾ Ebenso geht der persönliche Anspruch primär nur auf Herausgabe des noch vorhandenen Besitzes. Bei ihm hat der sekundäre nur die gleichen Voraussetzungen wie der primäre, während beim Eigentumsherausgabeanspruch bezüglich des sekundären Anspruchs, der auch zunächst über § 249 auf Verschaffung geht, weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.¹⁵²⁾ ¹⁵³⁾ Wenn es sich aber bei beiden Ansprüchen um die gleiche Herausgabe der Sache handelt, bleiben für Siber als einziges Individualisierungsmerkmal des Anspruchs zur möglichen Unterscheidung nur die zulässigen Einreden übrig. Aus § 986 scheint aber zu folgen, daß der Eigentümer auch gegen den berechtigten Besitzer einen sofort fälligen, aber durch die Einrede der Besitzberechtigung aufgeschobenen und entkräfteten Anspruch hat. Siber hat hier tatsächlich große Schwierigkeiten, den § 986 in seine Lehre einzubauen, denn, da er aus den dargelegten Gründen zu dem Ergebnis kommt, daß die Vindikation auf die Fälle beschränkt ist, in denen dem Eigentümer ein vertraglicher oder ähnlicher Herausgabeanspruch fehlt, weil der Schuldner den Besitz ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erworben hat,¹⁵⁴⁾ und da sich die Ansprüche aus dem Rechts- oder Schuldverhältnis, das den Schuldner zum Besitz berechtigt, als die spezielleren erweisen,

¹⁴⁸⁾ Z. B. Oertmann JhJ 61 S. 57 f.; Wolff § 84 Anm. 3; Scherk S. 384 ff.

¹⁴⁹⁾ Siber Passivleg. S. 244 f., 249 f.; in JhJ 89 S. 13 ist diese Ausnahme von ihm nicht mehr besonders betont worden.

¹⁵⁰⁾ Siber bei Planck S. 7.

¹⁵¹⁾ Hellwig, Lehrb. I S. 204 ff., 205, 264 meint, daß der Vindikationsanspruch fortdauernden Besitz voraussetzt, wohingegen der persönliche Anspruch unmittelbar auch auf Wiederverschaffung gehe. Hellwig erwähnt S. 264 auch die verschiedene Fälligkeit; doch gehört Fälligkeit nicht zu den Elementen, aus denen sich Ansprüche zusammensetzen.

¹⁵²⁾ Zum Ganzen Siber Passivleg. S. 237 f.

¹⁵³⁾ Durch fahrlässigen Verlust wird der Mieter immer, der Besitzer bei der Vindikationsklage nur, wenn er unredlich oder schon auf Herausgabe verklagt ist, zur Wiederverschaffung und zum Schadenersatz verpflichtet, §§ 556, 276, 249, 251, 989, 990, 249, 251.

¹⁵⁴⁾ Zusammenfassend in diesem Sinne Siber JhJ 89 S. 21 ff., 75 ff., 94 ff.

bleibt für die Vorschrift des § 986 kein großer Spielraum mehr übrig. Jedenfalls dann, wenn man die Vorschrift – ihrem Wortlaut gemäß – als Einrede ansieht,¹⁵⁵⁾ ist die Anwendung auf die seltenen, abseits gelegenen Fälle beschränkt, in denen eine Besitzberechtigung vorliegt, ohne daß sie vom Eigentümer abgeleitet wird. § 986 erscheint in weitem und vom Gesetzgeber sicher nicht gewolltem Ausmaß überflüssig. Siber verwendet daher in seinen Darlegungen besonders große Mühe darauf, die Berechtigung und die Notwendigkeit des § 986 auch von seinem Standpunkt aus nachzuweisen.¹⁵⁶⁾ Aber offensichtlich ist hier der neuralgische Punkt seiner Lehre. Was Siber sonst noch zu der Konkurrenz ausführt,¹⁵⁷⁾ betrifft die praktischen Folgen, die eine Gesetzeskonkurrenz in diesem Fall hat. Es ist die Antwort auf die Angriffe, denen er ausgesetzt war. Diese haben sich nämlich vor allem auf die Folgen seiner Lehre bezogen. Hier interessiert aber zunächst seine Theorie des Verhältnisses von Ansprüchen zueinander.

c) Die Meinung von Lent

Denn auch im Theoretischen hat Sibers Lehre Ablehnung gefunden. So sah Lent von seinem Versuch aus, die Merkmale der Gesetzeskonkurrenz für das Schuldrecht zu bestimmen, keine Möglichkeit, die Anspruchskonkurrenz bei den Herausgabeansprüchen zu verneinen.¹⁵⁸⁾ Das ist bei dem Ausgangspunkt der Lehre Lents verständlich.¹⁵⁹⁾ Er sagt, daß für die Gesetzeskonkurrenz die Einheit des Tatbestandes von wesentlicher Bedeutung sei.¹⁶⁰⁾ Diese Einheit des Tatbestandes kann man aber seiner Meinung nach nicht aus der Einheit des äußeren Geschehens fordern; denn im Gegensatz zum Strafrecht sind im bürgerlichen Recht die Rechtsfolgen nicht allein vom äußeren Geschehen abhängig, sondern durch Rechte und Rechtsverhältnisse bedingt. Die Identität des Vorgangs kann daher noch nicht die Einheit des Tatbestandes erzeugen. Dabei versteht auch er unter Tatbestand den konkreten Tatbestand; denn da sich bei der Gesetzeskonkurrenz verschiedene Gesetze gegenübertreten, sind die abstrakten Tatbestände immer verschieden. Das Gesetz stellt niemals gleiche Tatbestände auf.¹⁶¹⁾ Doch ist der konkrete Tatbestand nicht gleich dem kon-

¹⁵⁵⁾ Mit Siber z. B. Passivleg. S. 238, JhJ 89 S. 6.

¹⁵⁶⁾ Über die einzelnen Fälle, die Siber findet, vgl. Passivleg. S. 239 ff. Auf sie kann hier nicht eingegangen werden; zweifellos bleiben einige Fälle, wie z. B. das Zurückbehaltungsrecht (§ 1000), formal gesehen, übrig.

¹⁵⁷⁾ Siber bei Plandk S. 6 f.

¹⁵⁸⁾ Lent Gesetzesk. S. 292 f.

¹⁵⁹⁾ Vorläufer der Lehre Lents zeigen sich schon bei Hellwig, Langheineken, v. Tuhr. Für Hellwig genügt für die Gesetzeskonkurrenz, unter die er nur die Spezialität rechnet, nicht Identität des historischen Ereignisses, sondern es muß erstens Identität der konkreten, anspruchserzeugenden Tatsachen und zweitens Identität der Rechtsverhältnisse, auf die diese Tatsachen einwirkten, vorliegen: Tatbestand ist bei ihm also der bereits subsumierte historische Vorgang (Anspruch S. 98 ff., Lehrb. I S. 263, zur Konkurrenz S. 266 ff., System I S. 323 ff.). Langheineken (S. 135 ff., 137) folgt in der Lehre von der Individualisierung des Anspruchs Hellwig und kommt so zu einer strengen Trennung von dinglichen und obligatorischen Ansprüchen. v. Tuhr (I § 16 Nr. 3 S. 275 ff.) begreift unter Tatbestand die Grundlage des Anspruchs (vgl. S. 269: Person, Inhalt, Grund = Individualisierung), d. h. eigentlich die Tatsachen und Rechte, aus denen der Anspruch entsteht, „respektive vom Kläger hergeleitet wird“ (I S. 282, vgl. a. II S. 14). In I S. 277 Anm. 34, in der er sich gegen Siber wendet, wird das ganz deutlich: Tatbestand ist das Eigentum und der Vertragsabschluß.

¹⁶⁰⁾ Lent Gesetzesk. S. 85.

¹⁶¹⁾ Lent aaO. S. 85 f.

kreten Sachverhalt, sondern er ist die Zusammenfassung konkreter einzelner Tatsachen, die bereits nach den begrifflichen Momenten der abstrakten Tatbestände geordnet sind.¹⁶²⁾ Der konkrete Tatbestand erfüllt also schon genau den abstrakten. Der konkrete Tatbestand könnte folglich aber nur dann dem anderen gleich sein, wenn sich die einzelnen Tatsachen völlig deckten. Das ist so gut wie nie der Fall, da ja die abstrakten Tatbestände auch nie gleich sind. Daher genügt es, wenn Identität von Teilen des Tatbestandes vorliegt. Welche Teile eines Tatbestandes sich aber als wesentliche zum Vergleich eignen, muß für jeden Tatbestand eigens ermittelt werden. Dies geschieht mit Hilfe der Individualisierung. Die gefundenen charakteristischen Tatsachen sind dann die Individualisierungsmomente, worunter nach Lent also „die Tatsachen zu verstehen sind, deren Verschiedenheit die Abgrenzung der Tatbestände gegeneinander ermöglicht und ihre Verschiedenheit bewirkt, deren Gemeinsamkeit, Identität, die Einheit der Tatbestände zur Folge hat.“¹⁶³⁾ Diese Momente sind also Tatsachen, die sich im konkreten Tatbestand finden, aber durchaus nicht alle, welche für diesen wesentlich sind.¹⁶⁴⁾ Jede Verschiedenheit in den Individualisierungsmomenten schließt die Identität der Tatbestände aus. Bei den unerlaubten Handlungen gelangt Lent so zur Handlung und zur Vermögensbeschädigung als Individualisierungsmoment.¹⁶⁵⁾ Ähnliche Methoden wendet er bei der Bereicherung¹⁶⁶⁾ und den Verträgen¹⁶⁷⁾ an. Bei den übrigen Ansprüchen handelt es sich darum, das meist „deutlich abgesonderte“ Grundrecht zu individualisieren.¹⁶⁸⁾ Eine Individualisierung ist bereits die Art des Rechts, z. B. Eigentum und Nießbrauch. Die weitere Individualisierung ist nach Gruppen zu treffen, z. B. nach dinglichem Recht, Erbrecht und Schuldverhältnis.¹⁶⁹⁾ Zu dem Grundrecht muß aber immer noch ein individualisierender Tatbestand hinzutreten, um den Anspruch ganz zu charakterisieren. Bei den dinglichen Rechten, ebenso meist bei den Schuldverhältnissen, ist das die Verletzung des Rechts.¹⁷⁰⁾ Diese Verletzungen können wieder untergegliedert werden in Besitzentziehung, Störung usw. Die Formen der Gesetzeskonkurrenz, die Lent bei der Identitätsprüfung seiner Individualisierungsmomente findet, interessieren hier nicht mehr, denn schon aus dem Gesagten wird klar, daß Lent nie zu einer Gesetzeskonkurrenz zwischen dem Vindikationsanspruch und dem schuldrechtlichen Herausgabeanspruch kommen kann. Er lehnt diese auch ausdrücklich ab: „Schon diese Regelung“ (das Nebeneinanderbestehen des dinglichen Anspruchs und des vertraglichen Anspruchs, der „seinerseits von der dinglichen Rechtsstellung des Gläubigers ganz absieht“) „legt es nahe, beide Ansprüche als selbständig anzusehen, daher Anspruchskonkurrenz anzunehmen. Aber die Vergleichung der Tatbestände muß diese Vermutung erst noch bestätigen. Der Tatbestand der dinglichen Ansprüche hat das Individualisierungsmerkmal des dinglichen Rechts (als Grundrecht), der Tatbestand der vertraglichen Ansprüche das Schuld-

¹⁶²⁾ Lent aaO. S. 5.

¹⁶³⁾ Lent aaO. S. 87.

¹⁶⁴⁾ Vgl. Lent aaO. S. 88 ff.

¹⁶⁵⁾ Lent aaO. S. 99 ff.

¹⁶⁶⁾ Individualisierungsmerkmal ist das Erlangen, Lent aaO. S. 116.

¹⁶⁷⁾ Individualisierungsmerkmal ist die Leistung, Lent aaO. S. 119 ff.

¹⁶⁸⁾ Lent aaO. 145 f.

¹⁶⁹⁾ Vgl. Lent aaO. S. 146 ff., 148, 152, 154.

¹⁷⁰⁾ Lent aaO. S. 168 f., 170 f.

verhältnis (als Grundrecht). Schon die Verschiedenheit der Individualisierungsmerkmale genügt, um die Mehrheit der Tatbestände zu begründen.^{170a)} Lent kommt also schon wegen der Verschiedenheit der „Grundrechte“ zu seinem Ergebnis und bleibt damit trotz aller Verbrämung bei dem Grundsatz, daß ein dingliches Recht notwendigerweise einen Anspruch in sich bergen müsse. Dabei wäre es für Lent auch nach seiner eigenen Theorie leicht gewesen, weiter zu fragen. Er selbst geht nämlich mindestens innerhalb der dinglichen Rechte und der Schuldverhältnisse zur weiteren Individualisierung von der Entstehung des Rechts aus.¹⁷¹⁾ Dabei hätte sich aber ergeben, daß die Entstehung des schuldrechtlichen Anspruchs identisch ist mit der Besitzentziehung oder, um mit Lent zu sprechen, mit dem zum Grundrecht tretenden Individualisierungsmoment der Verletzung dieses Grundrechts, des Eigentumsrechts. Die Unterscheidung der Herausgabeansprüche hätte sich also höchstens, da die erwähnte Grundthese nicht aufgegeben wird, als Hinzutreten eines weiteren Grundrechts dargestellt. Zum Schuldverhältnis als „Verletzung“ tritt das Eigentum. Eine solche juristische Konstruktion ist nur denkbar, wenn man sich mit einer Begriffsauslegung begnügt. Die Lehre Lents¹⁷²⁾ von den Individualisierungsmomenten ist denn auch im einzelnen und in den Grundlagen angegriffen worden¹⁷³⁾ und hat sich nicht durchgesetzt.

d) Die Meinung von Schmidt

Besonders eingehend mit der Lehre Lents und dem Problem der Gesetzeskonkurrenz hat sich Schmidt beschäftigt.¹⁷⁴⁾

Allerdings ergeben seine Ausführungen wenig für die hier im Anschluß an die Sibera'sche These zu prüfende Frage, welcher Tatbestand für die Untersuchung verschiedener Normen zugrunde zu legen ist und wie er zu individualisieren ist. Sie sind in diesem Punkte sogar unklar. Schmidt hat die Grundlage der Gesetzeskonkurrenz, die Einheit des Tatbestands nicht untersucht. Wenn er diese Grundlage aufgibt, wie es den Anschein hat¹⁷⁵⁾, hat er seine Meinung nicht genügend begründet.¹⁷⁶⁾ Doch ist dies bei seiner Methode, die von der Lents grundsätzlich verschieden ist, verständlich. Schmidt erwähnt nämlich nur beiläufig ganz zu Anfang, daß ein und derselbe historische Vorgang als Einheit zu betrachten sei, wenn er nach der Lebensauffassung als Einheit erscheine.¹⁷⁷⁾

^{170a)} Lent aaO. S. 293.

¹⁷¹⁾ Insbes. Lent aaO. S. 155.

¹⁷²⁾ Ihm folgt vor allem Vogelgsang, S. 9 ff., der die Auswirkungen der Lehre Sibers auf die Passivlegitimation des Besitzers eingehend untersucht (S. 17 ff.).

¹⁷³⁾ Schmidt S. 4 ff., gegen ihn Vogelgsang S. 12 ff., ausführlich Klatzko S. 12 ff., der insbesondere die einzelnen Formen der besonderen Gesetzeskonkurrenz bei Lent im Hinblick darauf angreift, daß Identität der konkreten Tatbestände, die den abstrakten Gesetzestatbeständen nachgebildet sind, vorliegen muß. Dadurch würden zu viele Konkurrenzfälle aus der Gesetzeskonkurrenz herausfallen, das Erfordernis sei also zu streng.

Dietz Anspruchsk. S. 25, 44 wendet sich schon gegen die Berücksichtigung des konkreten Sachverhalts.

¹⁷⁴⁾ Schmidt S. 3 ff., S. 28 ff.

¹⁷⁵⁾ Schmidt S. 6 behandelt nämlich auch Fälle unter Gesetzeskonkurrenz, bei denen durch den Sachverhalt nur die Tatbestandsmerkmale der einen der verglichenen Normen erfüllt werden (S. 24), z. B. beim Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandlungsanspruch (S. 85 ff.). Allerdings scheint Schmidt auch alle Fälle der Anspruchskonkurrenz, also auch die mit zwei verschiedenen konkreten Tatbeständen, in seine Systematik der Gesetzeskonkurrenz einzuordnen.

¹⁷⁶⁾ So auch die Kritik von Klatzko S. 26 ff.; Friedrich S. 5.

¹⁷⁷⁾ Schmidt S. 2.

Dann aber untersucht Schmidt nur mehr das Verhältnis der abstrakten Gesetzes- tatbestände, sowohl was die Tatbestandsmerkmale¹⁷⁸⁾ wie was die Rechts- folgen¹⁷⁹⁾ betrifft, und stellt die verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten zwischen den Verhältnissen der Tatbestandsmerkmale und den Verhältnissen der Rechtsfolgen heraus.¹⁸⁰⁾ Dabei kommt es ihm auf einen Vergleich der Zweck- bestimmungen der zusammentreffenden Gesetzesnormen an.¹⁸¹⁾ Damit wäre ein gewisser Berührungspunkt mit Siber geschaffen, der ebenfalls die Zwecke vergleicht, wenn sich bei einem Entstehungsgrund zwei Normen gegenüber- stehen. Es fällt daher auf, daß sich Schmidt bei dem Verhältnis des dinglich zum obligatorischen Herausgabeanspruch darauf beschränkt, die seinerzeit herr- schende Meinung wiederzugeben, und keine eigene Zweckprüfung vornimmt.¹⁸²⁾ Er beruft sich nur auf Oertmann.¹⁸³⁾ Oertmann nimmt zwar auch eine Art Zweckprüfung vor, aber nur hinsichtlich der Zweckmäßigkeit und Notwendig- keit der Anspruchskonkurrenz in diesem Fall, nicht aber hinsichtlich des Sinns und der Bedeutung des einzelnen Anspruchs. Den Ausführungen bei Schmidt¹⁸⁴⁾ ist zu entnehmen, daß er hier – im Gegensatz zu den Folgeansprüchen¹⁸⁵⁾ – gar nicht auf ein Konkurrenzproblem stößt, da auch die Vorschrift des § 986 ihm zu zeigen scheint, daß § 985 auf jeden Fall auch gegen den berechtigten Besitzer gerichtet ist. Hat aber das positive Recht damit sozusagen die Kon- kurrenz der Ansprüche im Sinne der Kumulation geregelt – anzunehmen, die obligatorischen Ansprüche würden verdrängt, scheut man sich doch –, bleibt für eine besondere Gesetzeskonkurrenz in der Form der Spezialität, Subsidiari- tät, Idealkonkurrenz und der von Schmidt sonst noch gebildeten Kategorien gar kein Raum mehr, so daß eine teleologische Untersuchung überflüssig ist. Auch ihm erscheint also § 986 als unübersteigbares Hindernis.

e) Die Meinung von Dietz

Auch Dietz geht davon aus, daß man die abstrakten Tatbestände der Ge- setzesnormen vergleichen müsse, um die Formen der Gesetzeskonkurrenz zu finden.¹⁸⁶⁾ Dabei betont Dietz, daß die abstrakten Tatbestände durch einen konkreten Sachverhalt ausgefüllt werden müssen¹⁸⁷⁾ und erst feststehen muß, daß für die Subsumtion eines konkreten Tatbestands tatsächlich mehrere Ge- setze zur Verfügung stehen.¹⁸⁸⁾ Bei Dietz ist die Methode der vergleichenden Untersuchung der abstrakten Tatbestände am klarsten und einfachsten dar-

¹⁷⁸⁾ Zusammenstellung der Möglichkeiten bei Schmidt S. 24.

¹⁷⁹⁾ Zusammenstellung der Möglichkeiten bei Schmidt S. 23.

¹⁸⁰⁾ Schmidt S. 25 f.

¹⁸¹⁾ Dabei kommt Schmidt zu dem grundsätzlich richtigen Ergebnis, daß die *lex specialis* der *lex generalis* gegenüber sowohl exklusiv wie alternativ und kumulativ vorkommen kann, daß also der Satz „*lex specialis derogat legi generali*“ keine Geltung besitzt. So jetzt auch Enneccerus-Nipperdey § 60 II. Dies wird von Siber (bei Planck S. 5 f.) übrigens gar nicht bestritten, er kommt eben hier zu einer Spezialität auf Grund des verschiedenen Zwecks der Bestimmungen.

¹⁸²⁾ Schmidt S. 163 f.

¹⁸³⁾ Nämlich auf Oertmann „Dingliche und vertragliche Herausgabeansprüche“ JhJ 61 S. 44.

¹⁸⁴⁾ Schmidt S. 163 f.

¹⁸⁵⁾ Schmidt S. 165 ff.

¹⁸⁶⁾ Dietz Anspruchsk. S. 20 ff., 24 f.; neuestens wieder ausdrücklich in Problem S. 184 f.: „ihren abstrakten, begrifflich umschriebenen Tatbeständen“.

¹⁸⁷⁾ Dietz S. 16; Problem S. 184.

¹⁸⁸⁾ Dietz S. 21.

gelegt: ein konkreter Sachverhalt ergibt mehrere abstrakte Tatbestände, deren gegenseitiges Verhältnis zu einem oder mehreren Ansprüchen führen kann, je nachdem, ob man die Voraussetzungen der Spezialität oder Subsidiarität oder die der Kumulation für gegeben hält. Er unterläßt es also vor allem nicht, wie Schmidt, auf die Voraussetzung des einen Sachverhalts hinzuweisen. Doch befaßt er sich nicht mit der Frage, wann ein konkreter Tatbestand vorliegt und wie er zu umgrenzen ist.¹⁸⁹⁾ Darauf kann aber nicht verzichtet werden. Es sind nämlich zwei Fälle denkbar: einmal der, daß ein nicht zerlegbarer Lebensvorgang für die Verwirklichung eines abstrakten Tatbestands nur einen Teil seiner Elemente, für einen anderen Tatbestand teils die gleichen, teils andere Elemente beiträgt; zum anderen der, daß für mehrere abstrakte Tatbestände immer alle Elemente des konkreten Tatbestands benötigt werden. Im zweiten, sehr häufigen Fall ist die Betrachtungsweise von Dietz angebracht; einer näheren Bestimmung des Sachverhalts bedarf es nicht. Im ersten Fall aber ist die Betrachtung nur der Tatbestände zu einseitig. Sie führt im konkreten Beispiel dazu, daß bei dem Tatbestand des § 985 nur gesehen wird, daß ein Eigentümer einem Besitzer gegenübersteht, nicht aber, daß zwischen beiden ein besonders geregeltes Verhältnis besteht. Dieses Verhältnis wird vielmehr als zweiter abstrakter Tatbestand danebengestellt, wobei der Vergleich der abstrakten Tatbestände allein natürlich eine Tatbestandsverschiedenheit ergibt.^{189a)} Das schon deswegen, weil auch Dietz^{189b)} das Eigentum als absolutes Herrschaftsrecht ansieht und deshalb annimmt, daß es ohne den Herausgabeanspruch nicht denkbar ist. Dietz ist zwar zuzugeben, daß es gleichgültig ist, ob ein Vertragsgläubiger Eigentümer ist oder nicht. Doch gilt das nicht auch umgekehrt. Es kann nicht gleichgültig sein, welche Besitzform vorliegt. Bleibt man beim Wortlaut des Gesetzes, der gewöhnlich dem abstrakten Tatbestand zugrunde gelegt wird,^{189c)} so ist es in der Theorie von Dietz folgerichtig, daß er keine Spezialität oder Subsidiarität zu finden vermag. Für ihn bleibt dabei § 986 nur eine das Prinzip der Anspruchskonkurrenz durchbrechende Ausnahme,¹⁹⁰⁾ die auf Grund der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes zu berücksichtigen ist, dem System aber eigentlich

¹⁸⁹⁾ Dietz S. 25 (III 1 a. E.).

^{189a)} Was den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung von Dietz betrifft, so ist an der Theorie, daß bei einem Sachverhalt nur ein Anspruch entsteht, auch hier im Grundsatz festzuhalten. Das Verhältnis des Anspruchs aus Delikt zu dem aus Vertragsverletzung ist ebenfalls das des allgemeinen zum besonderen. Die besonders begründete Pflicht aus dem Vertrag darf bei der Betrachtung des Verhältnisses des Verletzten zum Verletzer nicht unberücksichtigt bleiben. Doch kann sich hier zum Teil etwas anderes dadurch ergeben, daß der Umfang der Rechtsfolge verschieden und insbesondere der Zweck anders ausgerichtet ist. Daher kann insoweit ausnahmsweise Anspruchskonkurrenz vorliegen (vgl. Siber Schuldrecht § 78 S. 490 ff., der allerdings nur einen Anspruch annimmt, der manchmal aus zwei Wurzeln stamme). Die Fälle, in denen besondere Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist, muß Dietz, der von dem Nebeneinanderbestehen der Vertrags- und der Deliktsansprüche in jedem Fall ausgeht (Dietz S. 125 ff., Problem S. 190 f.), durch eine Angleichung der Ansprüche lösen. Ein solches Ergebnis weist meist darauf hin, daß die Grundlage der entsprechenden Beziehung zwischen zwei Personen nicht richtig gesehen ist (vgl. die oben geschilderte Meinung bei den Folgeansprüchen der §§ 989 ff., die bei Annahme einer Anspruchskonkurrenz die Unzuträglichkeiten durch Angleichung lösen wollte). Bei der Angleichung muß nämlich doch wieder entschieden werden, welcher Vorschrift (hier bezüglich der Rechtsfolge) der Vorzug gebührt.

^{189b)} Dietz S. 182 f.

^{189c)} Vgl. Dietz Problem S. 184 f.

¹⁹⁰⁾ Dietz S. 183 f.

widerspricht.¹⁹¹⁾ Die Diskrepanz zwischen den Herausgabeansprüchen und ihren Folgeansprüchen, bei denen er auch Tatbestandsverschiedenheit annimmt, behandelt Dietz nicht.

f) *Die Meinung von Oertmann*

Oertmann, der Siber am heftigsten entgegentrat,¹⁹²⁾ erwähnte in seinen Er widerungen kaum die Frage der Gesetzeskonkurrenz. Seine Haltung ist aber nur auf Grund seiner Auffassung von der Gesetzeskonkurrenz verständlich. Er hat diese nur kurz umrissen,¹⁹³⁾ doch wird deutlich, daß auch er den Tatbestand nicht im Sinne des äußeren Geschehens auffaßt, sondern die (von ihm so genannten) „normativen Tatbestandsmerkmale“ berücksichtigt wissen will. Dieser Begriff wird von ihm nicht genau bestimmt. Die „Tatbestandsmerkmale“ gehören der Welt des „Sollens“ an, und von ihnen hängt die rechtliche Bewertung eines Geschehens entscheidend ab. Oertmann muß damit schon bei der Identitätsprüfung des Tatbestands auf die abstrakten Tatbestände zurückgreifen, so daß er sich nicht weit von der Theorie Lents entfernt,¹⁹⁴⁾ jedenfalls in dem Punkt, der im Hinblick auf die Tatbestandslehre Sibers interessiert. Im übrigen stellt auch er, ist die Tatbestandsidentität erst einmal bejaht, auf einen Vergleich der Gesetzeszwecke ab, und kommt damit zu verschiedenen Möglichkeiten bei der Gesetzeskonkurrenz.¹⁹⁵⁾

3. *Kritik an der Ablehnung einer Gesetzeskonkurrenz*

Überall also, wo sich Äußerungen grundsätzlicher Art über die Gesetzeskonkurrenz fanden, wird die Annahme einer besonderen Gesetzeskonkurrenz bei den Herausgabeansprüchen abgelehnt. Dies beruht, wie man sah, insbesondere darauf, daß in den Sachverhalt Elemente des abstrakten Tatbestands hingenommen wurden, so daß notwendigerweise hier der Schuldvertrag, dort das dingliche Recht bei der Betrachtung des Vorgangs eine Rolle spielen und zu verschiedenen Ansprüchen führen. Dabei fehlt es allerdings bei den meisten Schriftstellern an der nötigen Konsequenz bei den Folgeansprüchen. Man läßt, soweit man wie Lent und Schmidt¹⁹⁶⁾ nicht dadurch ausweicht, daß man die Tatbestände auch im Sachverhalt nicht als gedeckt annimmt, eine Spezialität zu, weil eine Tatbestandsidentität gegeben sei.¹⁹⁷⁾ Dies ist aber nicht richtig. Zwar ist nur ein tatsächlicher Vorgang vorhanden, nämlich die schuldhaft e Handlung, durch die eine Sache verloren oder beschädigt wurde. Aber einmal ist diese

¹⁹¹⁾ Dietz S. 184 nimmt eine partielle Subsidiarität an, da der auf dem Eigentum beruhende Herausgabeanspruch nicht geltend gemacht werden kann, wenn der auf dem besonderen Schuldverhältnis beruhende Herausgabeanspruch nicht erhoben werden kann. Mit dem Gedanken einer partiellen Subsidiarität ist ein Ausgangspunkt zu der noch zu erörternden Lösung des Problems gefunden.

¹⁹²⁾ Oertmann JbJ 61 S. 44 (vgl. Anm. 183), Abtretung S. 90 f., Kommentar zum Schuldrecht, Vorbem. 3 c zum Schuldrecht, Vorbem. 5 zu §§ 823 ff.

¹⁹³⁾ Oertmann Gesetzesk. S. 876 ff.

¹⁹⁴⁾ Dessen Lehre von den Individualisierungsmerkmalen lehnt er aber ab, Gesetzesk. S. 876 ff.

¹⁹⁵⁾ Oertmann S. 879 f.

¹⁹⁶⁾ Lent Gesetzesk. S. 258 ff.; Schmidt S. 165 ff.

¹⁹⁷⁾ v. Tuhr I S. 277 Anm. 34, der allerdings annimmt, daß auf seiten des Berechtigten auch im Falle des Vertrages immer Eigentum vorliegen müsse, da der Anspruch wegen des Sachwerts ausschließlich dem Eigentümer zustehe; Hellwig S. 202, S. 264 ff.

Handlung Eigentumsverletzung, das andere Mal Verletzung der Vertrags-, der Schuldnerpflicht. Das eine Mal handelt es sich nur um den bösgläubigen oder verklagten Besitzer, das andere Mal um jeden Schuldner. Das sind aber gerade die Momente, die beim Tatbestand des Herausgabeanspruchs zum Zwecke der Identitätsprüfung hinzugenommen werden. Der weitere Grund für die Ablehnung einer besonderen Gesetzeskonkurrenz ist, daß auch eine gleiche Zweckbestimmung der Herausgabeansprüche nicht bejaht wurde.

4. Untersuchung und Kritik der Lehre Sibers

a) Gegenüber diesen Angriffen kann die Lehre Sibers aber auch verteidigt werden. Freilich ist es dazu nötig, das Verhältnis des Rechts zur Wirklichkeit nicht so zu sehen, daß das Recht über die Wirklichkeit entscheidet: das Recht und das Rechtsinstitut als Element des Rechts ist nicht ein geschlossenes von der Wirklichkeit unabhängiges logisches System, es darf der Wirklichkeit, die seine Grundlage ist, nicht indifferent gegenüberstehen. Das Recht empfängt seinen Sinn erst von der Wirklichkeit her.¹⁹⁸⁾ Wirklichkeit ist dabei alles außerrechtliche Sein^{198a)}, nicht der von dem Rechtsinstitut vorgeprägte Sachverhalt, sondern die ganze gesellschaftliche Situation.

So darf beim Eigentumsherausgabeanspruch nicht das Ergebnis eines Geschehens für sich allein betrachtet werden. Welchen Zustand § 985 endgültig meint, den vom Eigentum getrennten unberechtigten Besitz oder jeglichen Besitz, kann nicht aus der Erörterung über den Zustand, sondern nur durch die Feststellung der Vorgänge, die zu diesem Zustand führen, gefunden werden. Siber sagt dazu, es sei auf den Entstehungsgrund zurückzugehen.

Vergleicht man aber die Entstehungsgründe, so zeigt sich, daß aus einem Entstehungsgrund, aus dem einen Vorgang der Hingabe unter Vereinbarung einer Rückgabepflicht, die dazu führt, daß die Sache in die Hand eines berechtigten Nichteigentümers gelangt, zwei Rechtsfolgen erwachsen: die Rückgabepflicht aus dem erfüllten Schuldverhältnis, das ja auch ein Zustand ist, und der Eigentumsherausgabeanspruch, dieser aus dem Zustand des Auseinanderfallens von Eigentum und Besitz.

Siber geht nämlich keineswegs so weit, den Eigentumsherausgabeanspruch ganz zu leugnen.¹⁹⁹⁾ Ihm geht es zunächst nur darum zu zeigen, daß die beiden fraglichen Herausgabeansprüche aus einem Entstehungsgrund, aus einem Vorgang erwachsen. Ist das aber der Fall, dann wird die Rechtsfolge, die allgemein für einen weiteren Kreis von Vorgängen paßt, von der Rechtsfolge verdrängt, die dem zugrunde liegenden Lebensvorgang mehr gerecht wird, auf ihn besser zugeschnitten, ja eigens für ihn geschaffen ist. Bei zwei Ansprüchen aus einem Entstehungsgrund hat einer dem anderen zu weichen.

¹⁹⁸⁾ Vgl. dazu die Darlegungen bei S. Simitis S. 4 ff., 32 ff., 49 ff., 62 ff.; zur Zurückweisung der Meinung, daß diese Methode unjuristisch sei: S. Simitis S. 8 ff.

^{198a)} Das bloße Dasein darf aber nicht mit der Forderung eines bestimmten Sollens wiederum bewertet werden, vgl. S. Simitis S. 28 ff.

¹⁹⁹⁾ Daß sich über den Weg einer Gesetzeskonkurrenz letztlich doch keine Lösung des Problems ergeben kann und die Entstehung eines Eigentumsherausgabeanspruchs, wenn man von der oben gegebenen Auffassung des Rechts ausgeht, ganz geleugnet werden muß, ist erst unten zu zeigen.

b) Nach Siber ist von diesem Grundsatz nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn sich aus dem Zweck der Ansprüche etwas anderes ergibt.^{199a)}

aa) Darin, daß der Umfang der Rechtsfolgen nicht verschieden ist, ist Siber zu folgen: Primär gehen beide Ansprüche auf Herausgabe. Die Begründung, daß beim Vindikationsanspruch im Gegensatz zum schuldrechtlichen Herausgabeanspruch der sekundäre Anspruch vom primären wesensverschieden ist, da er obligatorischer Natur und mit dem dinglichen nicht identisch sei,²⁰⁰⁾ ist nicht haltbar. Sie beruht auf einer ungenügenden Trennung von dinglichem Recht und dem daraus resultierenden Anspruch. Auch der Anspruch aus § 985 ist, da er nur ein relatives Recht gegen den Verletzer begründet, schuldrechtlicher Natur.²⁰¹⁾ Außerdem entsteht auch beim Anspruch aus dem Vertrag der sekundäre Anspruch nicht sogleich, es muß, wie beim Vindikationsanspruch eine schädigende Handlung hinzutreten.²⁰²⁾ Auch die sonstige rechtliche Behandlung der Ansprüche gibt – von § 986 sei zunächst abgesehen – zu keinen Bedenken²⁰³⁾ hinsichtlich der Annahme einer Gesetzeskonkurrenz Anlaß.

bb) Oertmann²⁰⁴⁾ will die Notwendigkeit einer Anspruchskonkurrenz aus § 931 folgern. Die Existenz eines persönlichen Herausgabeanspruchs allein genüge nicht, weil es dann beim Vermieter oder Verpächter gar nicht möglich sei, sein Eigentum zu übertragen.²⁰⁵⁾ Oertmann meint nämlich, daß zum Übergang des Eigentums die Übertragung wenn nicht beider Ansprüche, so doch jedenfalls des Eigentumsanspruchs erforderlich sei. Nehme man mit Siber an, daß es genüge, den obligatorischen Anspruch zu übertragen, so entstehe bei Übertragung der Eigentumsanspruch neu, da ja jetzt die Konkurrenz weggefallen sei.²⁰⁶⁾ Dies ist nicht richtig. Es darf heute jedenfalls als überwiegende Meinung angesehen werden, daß es neben der Einigung genügt, wenn der mittelbare Besitz übertragen wird,²⁰⁷⁾ und daß es nicht notwendig ist, beide Ansprüche zu über-

^{199a)} Auch bei Identität des Tatbestands ist Mehrheit von Ansprüchen möglich. So auch Siber bei Planck S. 5; Lent S. 90 f.

²⁰⁰⁾ So Stiel S. 17 im Anschluß an Hellwig Lehrbuch I S. 204 ff., 264.

²⁰¹⁾ Oertmann JhJ 61 S. 45, der anerkennt, daß diese Begründung nicht herangezogen werden kann. Vor allem jetzt die neue Lehre von Peters S. 356; Dulkeitt S. 7; vgl. Erman-Hefermehl § 985 Bem. 1.

²⁰²⁾ Dies gegen Stiel S. 17; ähnlich auch Ebbecke Sp. 836, der aber wiederum die Ansprüche aus §§ 989 ff. von dem aus § 985 trennt (Sp. 835).

²⁰³⁾ Alle diese Bedenken werden von Oertmann in JhJ 61 Seite 46 ff. dargelegt.

²⁰⁴⁾ Oertmann JhJ 61 S. 50 f.

²⁰⁵⁾ Oertmann Abtretung S. 90 ff. will allerdings einen Ausweg über § 929 schaffen, der einen Eigentumswechsel durch Verschaffung des mittelbaren Besitzes gestatte; dagegen richtig Eichler II S. 145 Anm. 244; Staudinger-Berg § 929 Bem. 18. Herbst S. 32 will den Erwerber zum mittelbaren Besitzer 2. Stufe machen und so, während der ehemalige Eigentümer Besitzer 1. Stufe bleibt, einen Eigentumsübergang ermöglichen: eine zwar mögliche, aber zu konstruierte Lösung. Wenn mittelbarer Besitz zu übertragen ist, kommt nur das Surrogat des § 931 in Betracht.

²⁰⁶⁾ Oertmann Abtretung S. 91.

²⁰⁷⁾ So, abgesehen von allen, die keine Anspruchskonkurrenz mehr annehmen: Wolff § 67 II 1, J. v. Gierke § 28 V 1, Eichler II S. 145, Westermann § 41 II 4; Last JhJ 63 S. 77; Scherk JhJ 67 S. 390 ff.; Staudinger-Berg § 931 Bem. 3 a; Planck-Brodmann § 931 Bem. 3 a; Erman-Westermann § 931 Bem. 3; Soergel-Butteweg § 931 Bem. 4; BGH NJW 59, 1539; nach dem Sinn des § 931 kann im Falle eines Besitzmittlungsverhältnisses die Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Zwecke der Eigentumsübertragung nichts anderes bedeuten, als die nach § 870 BGB für die Besitzübertragung erforderliche Abtretung des Herausgabeanspruchs, wobei es sich in der Regel um den schuldrechtlichen Herausgabeanspruch handelt.

tragen.²⁰⁸⁾ Denn mit der Abtretung des Anspruchs geht das Eigentum über, und der Eigentumsherausgabeanspruch entsteht dann – Anspruchskonkurrenz vorausgesetzt – beim Erwerber neu; der alte Eigentümer hat sein Eigentum verloren, er hat damit auch nicht mehr die *rei vindicatio*.

Vom Standpunkt des Bestehens nur des obligatorischen Anspruchs ist die Situation noch einfacher: mit der Abtretung des Anspruchs geht das Eigentum ohne weiteres über. Der Erwerber wird Eigentümer und hat den persönlichen Herausgabeanspruch.²⁰⁹⁾

cc) Ein weiteres Bedenken Oertmanns bezieht sich auf die Verjährung.²¹⁰⁾ Er meint, daß, wenn der Eigentümer den persönlichen Anspruch auf irgendeine Weise, hauptsächlich durch Verjährung, verliere, der Eigentumsanspruch neu entstehe und jetzt erst zu verjähren beginne. Sibir hat zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Doch wenn nach ihm der obligatorische Anspruch als der besondere gegenüber dem dinglichen allein besteht, dann ist damit das ganze Anspruchsverhältnis endgültig entschieden. Verjährt der obligatorische Anspruch, ist damit der einzig mögliche Anspruch verjährt.²¹¹⁾ Daß jetzt ein Vindikationsanspruch nicht neu entstehen kann, erhellt schon daraus, daß der obligatorische Anspruch ja nicht mit der Verjährung vernichtet ist, sondern zwar besteht (und daher jeden dinglichen Anspruch ausschließt), aber nicht geltend gemacht werden kann.²¹²⁾

dd) Die Schwierigkeiten in prozessualer Beziehung, die Oertmann erwähnt, sind nicht von großer Bedeutung. Auf keinen Fall kann aus prozessualen Gründen ein Argument gegen eine besondere Gesetzeskonkurrenz gefunden werden. Die Feststellungen Oertmanns²¹³⁾ sind zunächst richtig. Bei Grundstücken kann das Eigentum nur im ausschließlichen Gerichtsstand der belegen Sache verfolgt werden,²¹⁴⁾ während für den persönlichen Anspruch der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten oder der des Erfüllungsorts in Frage kommt. Schwierigkeiten können hier nur auftreten, wenn der Rechtsstreit gerade darauf beruht, ob ein Vertrag gültig ist oder nicht. Ist es nämlich klar, daß der Vertrag oder das sonstige Rechtsverhältnis besteht, braucht sich der Kläger nicht um den Gerichtsstand der belegen Sache zu kümmern, sondern kann den Gerichtsstand, der ihm am meisten zusagt, wählen (des Wohnorts, des Erfüllungsorts oder – so gegeben – den vereinbarten). Ist aber die Gültigkeit des Vertrages im Streit, so ergeben sich Belastungen für den Kläger in den meisten Fällen schon deshalb nicht, weil bei unbeweglichen Sachen der Gerichtsstand des Erfüllungsorts

²⁰⁸⁾ RGZ 52, 385, 394; 119, 215, 218; BGB-RGRK § 931 Bem. 5; HGB-RGRK § 366 Bem. 13 a. E.; Plandt-Hoche § 931 Bem. 3 a; Biernann § 931 Bem. 1 c; Oertmann, Abtretung S. 92; JhJ 61, S. 49; Hölder S. 16.; Killig S. 21 unter Erwähnung von Ausnahmen.

²⁰⁹⁾ Zur Meinung Sibers vgl. Passivleg. S. 246 ff.; bei Planck S. 7.

²¹⁰⁾ Oertmann JhJ 61 S. 53; ihm folgend Schmidt S. 164; Wolff S. 264 Anm. 4; Cosack S. 205 f.; Herbst S. 33 f.; Biernann § 985 Bem. 1; Staudinger-Kober § 985 Bem. 1.

²¹¹⁾ Vgl. Vogelgsang S. 36.

²¹²⁾ So die herrschende Meinung zum Wesen der Verjährung; z. B. Enneccerus-Nipperdey § 237 S. 1429 ff.; Erman-Hefermehl § 222 Bem. 1.

²¹³⁾ Oertmann JhJ 61 S. 54 ff.

²¹⁴⁾ Rosenberg § 35 III 2 a; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 24 Bem. III 1; Baumbach-Lauterbach § 24 Bem. 2 A; Thomas-Putzo § 24 Bem. 2. Hellwig hatte in Anspruch S. 36 eine andere Meinung vertreten, sie aber in Lebrb. II S. 235 ff. aufgegeben.

orts mit dem Gerichtsstand der belegen Sache identisch ist.²¹⁵⁾ Der Erfüllungsort bestimmt sich nach den Vorschriften des BGB, hier nach § 269. Der für unbewegliche Gegenstände anzunehmende Erfüllungsort der Herausgabe ist aber immer der Ort der belegen Sache.²¹⁶⁾ Der Erfüllungsort kann bezüglich dieses Anspruches auch nicht durch die Parteien anders vereinbart werden. Da die Leistung an einem anderen Ort tatsächlich unmöglich ist, ist eine solche Vereinbarung nichtig.²¹⁷⁾ Lediglich bei Vereinbarung des Gerichtsstandes bezüglich des persönlichen Herausgabeanspruches kann es vorkommen, daß für den persönlichen und den dinglichen Herausgabeanspruch eine verschiedene Zuständigkeit der Gerichte begründet wird. Dabei wird es wiederum selten sein, daß bei den wenigen Schuldverhältnissen, die für unbewegliche Sachen in Frage kommen (Miete, Pacht), ein anderer Gerichtsstand als der der belegen Sache vereinbart wird. In den übrigen Fällen muß eben das Risiko einer Verweisung in Kauf genommen werden.²¹⁸⁾ Von dieser nebensächlichen prozessualen Frage kann die dogmatische Beantwortung des Problems nicht abhängen, einen „inneren, rechtspolitischen Gegengrund“ wie Oertmann meint, bildet sie nicht.

c) Klammert man also § 986 aus der Betrachtung aus, so zeigt sich, daß die Meinung Sibers dogmatisch und rechtspolitisch durchaus vertretbar ist. Es ist nur nötig, für die Frage der Gesetzeskonkurrenz und der Anspruchskonkurrenz den richtigen Tatbestandsbegriff zu finden. Sieht man aber das fragliche Geschehen im ganzen, nicht nur das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz, sondern zugleich den Grund des Auseinanderfallens, dann ist der ganze Lebensvorgang der Tatbestand, an dem die einzelnen Bestimmungen zu prüfen sind. Sind aber die abstrakten Tatbestände auf einen Sachverhalt zurückzuführen, so besteht immer eine besondere Form der Gesetzeskonkurrenz, es sei denn, daß besondere Gründe für eine Anspruchskonkurrenz sprechen. Hier sind insbesondere die Rechtsfolgen heranzuziehen. Es ist also nicht so, daß grundsätzlich von der Anspruchskonkurrenz auszugehen ist (auch bei Vorliegen eines Tatbestands) und nur in Ausnahmefällen spezielle Gesetzeskonkurrenz gegeben ist.

d) Freilich bedeutet für Siber § 986 eine kaum zu überspringende Hürde. Die Schöpfer des BGB wollten hier die Frage regeln, was eintritt, wenn ein Schuldverhältnis oder ein sonst zum Besitz berechtigendes Verhältnis gegeben ist. Das ist gar nicht anzuzweifeln²¹⁹⁾ und war auch Siber bekannt.²²⁰⁾ Siber glaubte aber die Fassung des § 986 mit seiner Auffassung der Vindikation vereinbaren zu können. Er begründet seine Meinung, daß eine Berechtigung zum Besitz eine den Vindikationsanspruch ausschließende Tatsache ist und die Vindikation

²¹⁵⁾ Siber bei Planck S. 6; Vogelsang S. 37.

²¹⁶⁾ Vgl. z. B. Erman § 269 Bem. 8.

²¹⁷⁾ Sie läuft der Natur des Anspruchs zuwider. RGZ 41, 358, 361; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 29 Bem. IV; Baumbach-Lauterbach § 29 Bem. 3 B; Herbst S. 36 ist für Umdeutung in Vereinbarung des Gerichtsstands; ähnlich Palandt § 269 Bem. 2 c.

²¹⁸⁾ Hier ist allerdings ein besonderer Fall gegeben. Die Unwirksamkeit des Vertrages berührt die Wirksamkeit der darin enthaltenen Vereinbarung des Gerichtsstandes nicht, Rosenberg § 36 I 1 m. w. N.

²¹⁹⁾ Motive S. 421.

²²⁰⁾ Siber, Rechtszw. S. 133.

damit nur gegen den unrechtmäßigen Besitzer gegeben ist, nicht mit § 986.²²¹⁾ Nach seiner Ansicht kommt aus allgemeinen Erwägungen, die nicht im Gesetz erscheinen, ein Eigentumsherausgabeanspruch gegen den Besitzberechtigten überhaupt nicht in Betracht, auch nicht als ein durch Einrede oder Einwendung entkräfteter Anspruch.²²²⁾ Für § 986 bleiben als Anwendungsgebiet alle Fälle einer typischen Einrede (§§ 1000, 273, 972).²²³⁾ Eine andere Möglichkeit als diese einschränkende Interpretation des § 986 sieht Siber nicht. Das befriedigt nicht und wurde als Hauptargument gegen Siber ins Feld geführt.²²⁴⁾

Da dem § 986 für die Beantwortung der Frage des Verhältnisses der dinglichen zu den übrigen Herausgabeansprüchen entscheidende Bedeutung zukommt, soll diese Vorschrift näher betrachtet werden.

²²¹⁾ So die mißverständliche Zusammenfassung der Ergebnisse der Lehre Sibers bei Raiser Eigentumsanspr. S. 123, der aber die Vorstellungen Sibers im weiteren Verlauf seines Aufsatzes im wesentlichen richtig wiedergibt.

²²²⁾ S. Siber Rechtszw. S. 135.

²²³⁾ Weitere Anwendungsfälle bei Siber Passivleg. S. 239 ff. in Korrektur seiner Lehre in Rechtszw. S. 119, 133 ff. Diese sind aber fragwürdig, besonders, was die Erbbauberechtigten und die Wohnberechtigten anbelangt.

²²⁴⁾ Oertmann JhJ 61 S. 49 ff.; Herbst S. 30 ff.; Schmidt S. 164; Dietz S. 182 Anm. 2; Scherk S. 372 ff. Es wurde auch aus dem Wortlaut des § 986 Abs. 1 S. 1 entnommen, daß § 985 sich gegen den berechtigten Besitzer richtet; z. B. Scherk S. 301.

IV. KAPITEL

Untersuchung des Wesens des § 986

1. Eigentum und Besitzberechtigung

Der Gesetzgeber hat bei § 986 ganz offensichtlich zwei Gebiete miteinander verknüpft: das Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer und die Verhältnisse, die den Besitz zum berechtigten machen. Bei der strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht, die der Gesetzgeber glaubte schaffen zu müssen, war eine solche Vorschrift unvermeidlich; denn hier prallen Sachen- und Schuldrecht aufeinander. Die Regelung des Gesetzgebers war allerdings so wenig bestimmt und bestimmbar, daß gleich von Anfang an Streit darüber entstand, ob hier eine Einrede oder ein Einwand vorliegt. Die zögernde Formulierung ist wohl darauf zurückzuführen, daß die Meinung in dieser Frage auch in der gemeinrechtlichen Lehre nicht einheitlich war²²⁵⁾ Aus der Entstehungsgeschichte²²⁶⁾ der Vorschrift ist eher der Schluß auf eine Einrede zu ziehen. Doch kommt es darauf nicht entscheidend an; die heutige Auslegung des Gesetzes hat sich nämlich nach unserer Auffassung vom Eigentum und von den Rechten, die es beschränken, zu richten. Freilich kann sie die Grenzen, die der Text des Gesetzes setzt, nicht überschreiten.

2. Die Lehre vom Einredecharakter des § 986

a) Wer eine bloße Einrede, also das Recht, der Geltendmachung eines Rechts zu widersprechen oder das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, annimmt,²²⁷⁾,²²⁸⁾ beruft sich zumeist auf den Wortlaut „kann verweigern“. Dadurch stehe die Absicht des Gesetzgebers außer Zweifel. Die abweichende Fassung in § 1004 („ausgeschlossen“), die auf eine Einwendung hindeutet, sei durch die Rücksicht auf die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen zu erklären. Ein

²²⁵⁾ So nahm Thon, Rechtsnorm S. 276 ff., schon eine „verneinende Einrede“ im Gegensatz zu einer „rechtsverfolgenden Einrede“ an; vgl. dort S. 262 mit weiteren Nachweisen.

²²⁶⁾ Motive S. 421 f.; Protokolle S. 334: „Satz 1 des Antrags 1 wurde von keiner Seite beanstandet“.

²²⁷⁾ Diese Formulierung gebraucht Scherk S. 301. Zum Begriff der Einrede vgl. Enneccerus-Nipperdey §§ 226 ff. („Recht einer Person, die gegen sie gerichtete Ausübung eines Rechts durch ihren Widerspruch zu hindern“); Cosack I S. 264; Crome I S. 505 ff., 183 ff.; Zitelmann AT S. 24 ff.; Wolff § 149; Wolff-Raiser § 139; Kipp zu Windscheid I S. 174 ff., 180 ff.; Rosenberg § 103; von Tuhr I S. 288 ff.; Lehmann AT § 14 S. 87 ff.; Hellwig Anspruch S. 8 ff., Lehrb. I S. 184, 248 ff.; Endemann Lehrb. I § 88; Hölder AcP 93, 68–130; Siber Rechtszw. S. 139 ff.; Fischer S. 94 ff.; Langheineken S. 43 ff., S. 272 ff.; Suppes S. 6 ff.; Staudinger-Coing § 194 Bem. 18; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 128 Vorbem. II, 3.

²²⁸⁾ Den Einredecharakter bei § 986 nehmen an: von Tuhr I § 17 V S. 299 Anm. 24; Langheineken S. 276 f., 293; Hellwig Anspruch S. 7 Anm. 1; Endemann II § 91 II 9, 93 I; Schmidt S. 164; Rappaport, Einrede S. 32 ff., 202 ff. (rechtsverteidigende Einrede); Kühne AcP 140 S. 23 f.; Kipp zu Windscheid I § 47 Ziff. 4 a. E. (in I § 203 wird auf die ähnliche Antinomie zwischen § 271 Abs. 2 und § 202 verwiesen; die Berufung auf Befristung sei Klageverneinung, die auf Stundung Einrede); Dernburg BR III § 118/9 Suppes, Einrede S. 22, 50 f.; Zitelmann AcP 99, 32 f.; Hirsch S. 211 f.; Bunsen S. 445; Enneccerus-Nipperdey § 226 Anm. 6; Staudinger-Kober § 986 Bem. 1; Biernmann § 986 Bem. 1; Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 2, § 986 Bem. 1; BGB-BGRK § 986 Bem. 10; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 128 Vorbem. III 3; RGZ 144, 268, 271, 127, 9.

Hinweis auf § 1007 Abs. 2 gehe fehl, weil diese Bestimmung im ganzen mangelhaft gefaßt sei. Zwar sei eine gleiche Behandlung der verschiedenen Konfliktfälle wünschenswert und notwendig; aber es sei eher § 1004 als § 986 umzudeuten.²²⁹⁾ Denn die Eigentümerstellung bleibe, auch wenn dem Besitzer ein dingliches Recht zusteht, gegenüber anderen Personen unverändert, nur gegenüber diesem einen Besitzer sei sie beeinträchtigt, und diese Beeinträchtigung könne nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden.²³⁰⁾ Zudem seien Eigentum und schuldrechtlicher Anspruch auf den Besitz gegeneinander inkommensurabel²³¹⁾. Sie gingen nicht, auch teilweise nicht, gegeneinander auf; das eine lasse sich nicht von dem andern abziehen.

b) Die Begründung für das Vorliegen einer echten Einrede ist also teils rein formal, teils stützt sie sich auf das Wesen des Eigentums und der ihm entgegnetenden Rechte. Dann kann sie aber nicht umhin, sich auf einen für das bürgerliche Recht geltenden Eigentumsbegriff festzulegen. Dieser enthält natürlich die zeitgebundenen Ansichten über das Eigentum als Individualrecht und über seine jeweilige Sozialgebundenheit.

3. Die Lehre vom Einwandcharakter des § 986

a) Auch diejenigen, die eine Einwendung annehmen wollen,²³²⁾ bedienen sich meist einer formalen Begründung und einer wesensmäßigen Rechtfertigung.

aa) Sie weisen darauf hin, daß sich bei Annahme einer Einrede Unstimmigkeiten im Gesetz ergeben. Wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist, ist sein Anspruch wegen der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes ausgeschlossen. Die Störung ist dort also gar nicht mehr eine Eigentumsbeeinträchtigung. Einen Unterschied zwischen der Behandlung des Rechts zum Besitz gegenüber der Vindikation oder des Störungsrechts gegenüber der actio negatoria zu machen, ist aber nicht gerechtfertigt.²³³⁾ Die rechtsähnliche Lage fordert Gleichbehandlung. Da aber der eine Anspruch nach dem Willen des Gesetzes „ausgeschlossen“ sein soll,²³⁴⁾ kann hier eine Umdeutung nicht mehr einsetzen. Sie würde zu einer Verringerung des Rechts des Gegenberechtigten führen. Daher ist umgekehrt der Anspruch des § 985 dem des § 1004 gleichzubehandeln.²³⁵⁾

²²⁹⁾ Für Umdeutung des § 1004 Abs. 2 in eine Einrede: Planck-Brodmann § 1004 Bem. 5 d; Staudinger-Kober § 1004 Bem. 7 a; von Tuhr I S. 291; Rappaport S. 202; Wolff Recht z. Besitz S. 191 Anm. 1; Hirsch S. 38; Meyer S. 9 und Enneccerus-Nipperdey § 226 Anm. 6.

²³⁰⁾ Vgl. Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 2.

²³¹⁾ Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 2.

²³²⁾ Den Einwand-Charakter bei § 986 nehmen an: (ältere Literatur) Wolff § 84 Anm. 14; Heck § 66 II; Crome § 36 2; Gierke II § 129 I; Thon Rechtsnorm S. 276 ff.; JhJ 28 S. 55; Last Einwendungen S. 526; Friedenthal Einwendungen S. 42 ff.; Fischer S. 106; Scherk S. 356 f.; Raape S. 166; Dietz S. 183 Anm. 4; Hölder AcP 93 S. 76, 79, 82, Kom. § 202 Bem. 3; jetzt bejahen den Einwandcharakter u. a. Polandt-Hoche § 986 Bem. 1; Staudinger-Berg § 986 Bem. 1; Erman-Hefermehl § 986 Bem. 1; Eichler II S. 221; Westermann § 30 I 2; Lent SachR. § 40 VII.

²³³⁾ Das wird von beiden Meinungen anerkannt; vgl. Enneccerus-Nipperdey § 226 Anm. 6.

²³⁴⁾ Bunsen S. 449 Anm. 1 verweist auf § 903; § 1004 sei mit ihm übereinstimmend gebildet; im übrigen läßt Bunsen aber den verschiedenen Charakter des § 1004 Abs. 2 und des § 986 nebeneinander bestehen.

²³⁵⁾ Neben anderen Gründen verweisen auf diesen Grund jetzt besonders: Westermann § 30 I 2; Baur § 11 B I 1; Wolff-Raiser § 84 Anm. 15; Raiser Eigentumsanspr. S. 125; Palandt-Hoche § 986 Bem. 1; Erman-Hefermehl § 986 Bem. 1.

bb) Auch der Wortlaut des § 1007 Abs. 2 besagt, daß der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers einer abhanden gekommenen Sache dem Eigentümer gegenüber ausgeschlossen ist. Der Ausdruck „es sei denn, daß“ wird vom Gesetz immer in diesem Sinne gebraucht. Das Eigentum ist bei § 1007 nur als ein Recht zum Besitz wie jedes andere Recht zum Besitz von Bedeutung.²³⁶⁾ Diese anderen Besitzrechte können aber über § 1007 Abs. 3 S. 2 im Rahmen des § 986 entgegengehalten werden. Würde man bezüglich dieser deshalb eine Einrede annehmen, so wären die Besitzberechtigungen in ihrer Wirkung gegenüber dem Anspruch aus § 1007 geteilt. Es ist deshalb allgemein eine Einwendung anzunehmen,²³⁷⁾ um diese – allerdings unbedeutende – Unstimmigkeit zu lösen.

cc) Auch § 986 ist in sich nicht einheitlich. Nach Abs. 1 S. 2 kann der Eigentümer vom Besitzmittler, der die Sache unberechtigterweise besitzt, grundsätzlich Herausgabe an sich nicht verlangen, sondern nur Herausgabe an den mittelbaren Besitzer. Der Eigentümer hat also hier einen Anspruch nicht,²³⁸⁾ den er – nimmt man bei Abs. 1 S. 1 eine Einrede an – sogar gegen den besitzberechtigten Besitzer hätte.

dd) Diese Unstimmigkeit weist besonders deutlich der Mißstand im Prozeß bei der Säumnis des Beklagten auf. Der Kläger würde bei der Behauptung seines Eigentums und des Besitzes des Beklagten auch dann durchdringen, wenn er angibt, daß der Beklagte sein Mieter oder ein berechtigter Untermieter ist; denn diese Berechtigung müßte als Einrede vom Beklagten geltend gemacht werden. Nur als Einwendung wäre sie von Amts wegen zu berücksichtigen. Auch dieser prozessuale Grund²³⁹⁾ erfordert eine Lösung des Streits im Sinne der Einwendung.²⁴⁰⁾

b) Doch sind, wie Eichler²⁴¹⁾ richtig bemerkt, die verschiedenen gesetzestech-nischen Fassungen und ihre Auswirkungen nicht entscheidend für die Beantwortung der Streitfrage nach der einen oder anderen Seite, sondern maßgebend ist der materiellrechtliche Charakter der hinter der Besitzberechtigung stehenden Rechte.

aa) Wolff²⁴²⁾ hat den Begriff des Rechts zum Besitz untersucht und weist seine vielgestaltigen Entstehungsmöglichkeiten nach. Teils spricht das Gesetz selbst von einem Recht zum Besitz (§§ 1036 Abs. 1, 1093, 1081 Abs. 1 S. 2). In anderen Fällen ist von einem Recht, die Sachen in Besitz zu nehmen die Rede, teils durch eigenmächtiges Handeln (§§ 561 Abs. 1, 581, 704; 117 KO), teils ohne dieses (§§ 2205, 1422, 1487). Manchmal setzt das Gesetz eine solche Befugnis oder Gegebenheit als selbstverständlich voraus (bei den Eltern und beim Vormund

²³⁶⁾ Eichler II S. 241 Anm. 297 und 298 m. w. N.

²³⁷⁾ Wolff § 23 II 2; Planck-Brodmann § 1007 Bem. 3 b ff.; Palandt-Hohe § 1007 Bem. 2 d bb; Westermann § 35 II 2; Baur § 9 IV; Wolff-Raiser § 23 III 2; Eichler II S. 240 f.; Scherk S. 306. Eine Einrede in § 1007 Abs. 2 nahmen an: Gierke II § 116 Anm. 73 und konsequent diejenigen, die auch sonst bei § 986 eine Einrede annahmen.

²³⁸⁾ Vgl. Wolff, Recht z. Bes. S. 169 Anm. 1; konsequent Planck-Brodmann § 986 Bem. 1 b ff.; nur Replik des Eigentümers.

²³⁹⁾ der nicht durch einen Hinweis auf die angeblich vorhandene Unschlüssigkeit der Klage in einem solchen Fall (Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 2) bagatellisiert werden kann.

²⁴⁰⁾ So Scherk S. 304. Wolff Recht z. Bes. S. 151 Anm. 1 a. E.; Rappaport S. 34; Siber Passivleg. S. 239 weisen nur auf die Unstimmigkeiten hin.

²⁴¹⁾ Eichler II S. 221 Anm. 186.

²⁴²⁾ Wolff Recht z. Bes. S. 251 ff.

sowie beim Vorerben]. Im übrigen wird im Gesetz von dem Recht, Übergabe (§§ 433, 440, 651), Rückgabe (§§ 371, 1087, 1223, 1254) oder Herausgabe (§§ 498, 812, 1251, 1296, 1301 u. a.) zu verlangen, gesprochen. In den weitaus wichtigsten Fällen spricht das Gesetz nicht ausdrücklich von einer Übergabe des Besitzes, sondern setzt sie voraus, wenn es von der Überlassung der Sache oder ihres Gebrauchs redet (§§ 536, 581, 598). Aber auch, wenn gar nichts gesagt ist, die Art des Vertrags aber die Besitzüberlassung verlangt (vgl. z. B. § 647), besteht eine Überlassungspflicht etwa des Bestellers oder Auftraggebers. In allen diesen Fällen ist, wenn der Berechtigte den Besitz, gleich in welcher Weise,²⁴³⁾ erlangt hat, ein Recht zum Besitz entstanden.²⁴⁴⁾

bb) Diese Gliederung vom Entstehungsgrund her²⁴⁵⁾ ist gewiß notwendig, um die Vielfalt der möglichen Rechte zum Besitz aufzuzeigen. Das Wesen dieses Rechts vermag sie aber nicht zu ergründen. Zwar hat zum Beispiel der Käufer gegen den Verkäufer, der die Sache übergeben, aber noch nicht übereignet hat, ein Recht zum Besitz. Doch ist dieses Recht von anderer Art als das Recht des Mieters, der sich auf den ihm eingeräumten Besitz beruft. In den Fällen der ersten Art handelt es sich zumeist entweder um einen Besitz, der eine endgültige Rechtsposition vorbereiten soll oder sollte²⁴⁶⁾ (§§ 433, 471, 1087 u. ä.) oder um die Sicherung²⁴⁷⁾ einer Forderung (§§ 1000, 1223, 1251, 1254 u. ä.).

In den weiteren Fällen ist der Besitz gerade Inhalt der Vereinbarung oder des Rechtsverhältnisses. Er ist nicht nur eine Station auf dem Wege zu einem neuen Recht, sondern dieses Recht selbst.

cc) Es muß also die Eigenheit jedes einzelnen Rechts untersucht werden, um seine Wirkung gegenüber den Eigentums- oder anderen dinglichen Herausgabeansprüchen zu finden.

Zunächst bietet sich, betrachtet man wieder die dem Eigentumsherausgabeanspruch gegenüber allein möglichen Rechte zum Besitz, noch eine Aufteilung in verschiedene Gruppen an. Herkömmlich unterscheidet man:

dingliche Rechte, z. B. Pfandrecht, Nießbrauch; von ihnen gilt, daß sie gegen jedermann wirken²⁴⁸⁾ und der Eigentümer sie auch dann gegen sich gelten lassen muß, wenn sie nicht von ihm bestellt, sondern gutgläubig erworben worden sind (§§ 1207, 1032, 932 ff.);²⁴⁹⁾

²⁴³⁾ Zur Besitzerlangung, die für das Recht zum Besitz völlig belanglos ist, vgl. Wolff Recht z. Bes. S. 152 f. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo das Besitzrecht zu seinem Bestand eine bestimmte Art der Besitzerlangung voraussetzt, z. B. § 1000.

²⁴⁴⁾ Wolff aaO. S. 152 f.

²⁴⁵⁾ Es sollen hier nur die eigenen Rechte zum Besitz betrachtet werden. Zu der Besitzberechtigung aus dem Recht eines Dritten vgl. Wolff aaO. S. 159 ff.; zu dem bei Wechsel des Eigentümers S. 156 ff.; die Theorie der Abtretung zweier Ansprüche, die Wolff (S. 157) vertritt, kann nicht aufrecht erhalten werden.

²⁴⁶⁾ Daß in einigen Fällen das Recht zum Besitz sich nicht gegen den Eigentümer einer Sache richten kann, ist gleichgültig; denn §§ 985, 986 sind auf einige andere dingliche Rechte entsprechend anwendbar.

²⁴⁷⁾ Im allgemeinen Sinne genommen.

²⁴⁸⁾ Statt aller Erman-Hefermehl § 986 Bem. 2a.

²⁴⁹⁾ Zu den dinglichen Rechten gehört auch der Besitz an der vom Überbau beanspruchten Grundstücksfläche (§ 912). Gegen BGH 10, 74 ist zu den dinglichen Rechten auch zu rechnen das Recht des Vorbehaltskäufers auf endgültigen Erwerb des Eigentums bei Bedingungseintritt (nicht nur Recht zum Besitz über § 242); vgl. oben Anm. 17 und Erman-Hefermehl § 985 Bem. 5 und § 986 Bem. 3.

obligatorische Rechte, z. B. Miete, Pacht, Leihe, die besitzrechtliche Stellung wird durch den Eigentümer oder den mittelbaren²⁵⁰⁾ zum Besitz berechtigten Besitzer mittels eines Rechtsgeschäftes hergestellt;

familienrechtliche (§ 1793) oder erbrechtliche (§§ 1985, 2205) Rechte. Das Recht zum Besitz kann auch auf öffentlichem Recht beruhen²⁵¹⁾.

dd) Doch auch innerhalb dieser Gruppen ist die Wirkung gegenüber dem Eigentümer durchaus verschieden. Es ist daher nach anderen Kriterien zu suchen. Die gründlichste Untersuchung über dieses Gebiet stammt von Margarete Scherk.²⁵²⁾ Sie kommt auf dem Wege über § 986 zu dem gleichen Ergebnis, wie Siber auf dem Weg über die Gesetzeskonkurrenz gekommen war, da sie den § 986 für eine anspruchsverneinende Einwendung hält. Da sie aber gegen den persönlich rückgabepflichtigen Besitzer nach Erlöschen seines Rechts zum Besitz (also in dem Augenblick, in dem der persönliche Herausgabeanspruch erst zum Tragen kommt) die Entstehung des Vindikationsanspruchs annimmt, teilt sie Sibers Auffassung über die Konkurrenz des dinglichen und persönlichen Anspruchs nicht. Sie betont,²⁵³⁾ daß diese Frage getrennt und unabhängig zu behandeln sei von der Frage nach der Art des Besitzrechtsschutzes gegenüber der Vindikation, und folgt in der Konkurrenzfrage der üblichen Meinung. Trotzdem ist ihr Ergebnis für die zu untersuchende Frage interessant, weil es versucht, das Besitzrecht des Eigentümers mit dem des dinglich, obligatorisch oder sonst Berechtigten in Einklang zu bringen.

Ihre Meinung ist folgende:

Das Recht des Eigentümers zum Besitz der Sache ist bei den meisten in Frage kommenden Fällen für die Dauer des fremden Besitzrechts grundsätzlich auf das Recht zum mittelbaren, durch den besitzberechtigten Besitzer vermittelten Besitz beschränkt. Dies gilt in all den Fällen, in denen der Besitzberechtigte sein Recht zum Besitz vom Eigentümer oder einem dem Eigentümer gegenüber besitzberechtigten Besitzmittler erworben hat (§§ 868, 871).²⁵⁴⁾ In diesen Fällen ist das Besitzrecht des Eigentümers auf den ihm durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz gerichtet. Das ergibt sich für Scherk für die dinglichen Rechte daraus, daß sie mit Gierke²⁵⁵⁾ in jedem beschränkten Sachenrecht einen selbstständigen Teilinhalt des Eigentums sieht; denn dann kann das Eigentum bei Bestehen eines fremden Rechts zum Besitz der Sache nicht selbst eben dieses Recht zum unmittelbaren Besitz enthalten. Diese Ansicht stützt sie mit ihrer

²⁵⁰⁾ Die Fassung des § 986 Abs. 1 S. 1 ist aber zu eng. Der Vorbesitzer braucht nicht mittelbarer Besitzer zu sein oder den Besitz je innegehabt zu haben (Wolff Recht z. Bes. S. 165; Scherk S. 321; Westermann § 30 II 3 b; RGZ 105, 21; RG Wain 28 Nr. 124; a. A. Planck-Brodmann § 986 Bem. 1b). Der Dritte muß nur berechtigt sein, die Sache dem jetzigen Besitzer zu überlassen (RGZ 80, 395); auf die Einwilligung des Eigentümers kommt es nicht an. Die h. M. wendet § 185 Abs. 1 an (BGB-RGRK § 986 Anm. 13; vgl. dazu v. Lübtow, AcP 150, 152).

²⁵¹⁾ Beschlagnahme und Einweisung müssen verwaltungsrechtlich gültig sein; vgl. dazu OGH MDR 49. 547. Der Erlaß einer Mietverfügung (§ 16 WBG) gehört nicht hierher, sie ersetzt nur den Mietvertrag und gibt dessen Rechte.

²⁵²⁾ Scherk, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, insbes. S. 311 ff.

²⁵³⁾ Scherk S. 382.

²⁵⁴⁾ Scherk S. 311 ff.

²⁵⁵⁾ Gierke II § 120 IV 7, VI 7; ebenso Wolff § 51 II Endemann § 9; dagegen Kipp zu Windscheid § 200 Anm. 3; Hirsch S. 217 f.; Vogelsang S. 48 ff.; Zitelmann AcP 99, 33; Cosack I S. 106; Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 2; gegen die kritischen Stimmen wendet sich Scherk S. 313 ff.

Auslegung des § 986 Abs. 1 S. 2, den sie nicht als die ausnahmsweise Berücksichtigung des Rechts eines Dritten sieht, sondern als die durch das Besitzrecht des Dritten bewirkte Beschränkung des Eigentums selbst. Daher kann der Eigentümer einer Sache, die mit einem fremden Recht zum Besitz belastet ist, dann, wenn der besitzberechtigte Besitzmittler den Besitz verloren oder unberechtigterweise weggegeben hat, vom Besitzer grundsätzlich Herausgabe nicht an sich, sondern nur an den Besitzberechtigten fordern. Hier ist das Recht auf mittelbaren Besitz von einem Dritten verletzt worden. Nur dann — dies ist die eigentliche Ausnahme vom Grundsatz —, wenn der dem Besitzrecht des Eigentümers entsprechende Zustand des mittelbaren Besitzes nicht mehr hergestellt werden kann, weil der Besitzmittler zur Wiederübernahme des Besitzes nicht bereit oder in der Lage ist, hat der Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe an sich selbst, hat er ein gegenwärtiges Recht auf unmittelbaren Besitz, das sofort wieder entfällt, wenn der Besitzberechtigte den Besitz wieder ausüben will. Diese Ansicht geht noch über die von Wolff²⁵⁶⁾ hinaus, der als Zweck des § 986 Abs. 1 S. 2 die Berücksichtigung des Rechts eines Dritten erblickt und diesen Rechtsgedanken unter Erweiterung des im Gesetz genannten Falles zur Geltung bringen will. Scherk²⁵⁷⁾ hält bei dinglichen Besitzrechten nicht mehr an dem Erfordernis fest, daß der „Zwischenmann“ auch Zwischenbesitzer sein muß.²⁵⁸⁾ Nach ihr vermindert schon die Bestellung eines dinglichen Besitzrechts für einen Dritten das Eigentum um das Recht zum gegenwärtigen unmittelbaren Besitz. Scherk hat damit die Besitzberechtigung selbst zu einem dinglichen Recht gemacht.²⁵⁹⁾

Ganz das gleiche nimmt sie dann an, wenn die Besitzrechtstellung des Besitzmittlers auf einem Schuldverhältnis²⁶⁰⁾ oder einem Verwaltungsrecht²⁶¹⁾ beruht. Zwar ist auch nach Scherk die Stellung des dinglich und des obligatorisch zum Besitz berechtigten Besitzmittlers sehr verschieden, jedoch nicht gegenüber dem Eigentümer. Denn das Besitzmittlungsverhältnis ist in beiden Fällen das gleiche (§§ 868 ff.), ebenso das Besitzrechtsverhältnis (§ 986), nur muß der obligatorisch Berechtigte sein Recht gegenüber dem Eigentümer beweisen, wogegen beim dinglich Berechtigten der Beweis des Rechts gegen jedermann genügt. In Einklang mit früheren Ansichten²⁶²⁾ nimmt Scherk daher eine Annäherung und Gleichstellung des durch den Besitz gefestigten²⁶³⁾ obligatorischen Rechts an ein dingliches Recht an, das ein Fortbestehen des Besitzrechts des Eigentümers auch für diese Fälle hindert²⁶⁴⁾; denn diese Besitzbefugnisse sind teilweise und zeitweilig auf einen anderen aus dem Eigentum übertragen²⁶⁵⁾.

²⁵⁶⁾ Wolff, Recht z. Bes. S. 169.

²⁵⁷⁾ Scherk S. 321.

²⁵⁸⁾ Gegen Scherk und Wolff bezüglich der Ausdehnung des § 986 Abs. 1 S. 2: Rappaport S. 32 ff. Planck-Brodmann § 985 Vorbem. 2, § 986 Bem. 1 b; Vogelgsang S. 53 ff., der sich aber dagegen wendet, daß eine *exceptio ex iure tertii* vorliege.

²⁵⁹⁾ Scherk S. 312 ff., 324.

²⁶⁰⁾ Scherk S. 325 ff.

²⁶¹⁾ Scherk S. 338 ff.

²⁶²⁾ Gierke II § 116 III 2, § 140 I, Fahrnisbesitz S. 41 ff.; von Tuhr I § 11 II 6.

²⁶³⁾ Scherk S. 334; Besitzerlangung ist in jedem Fall erforderlich; wie Wolff, Recht z. Bes. S. 153, nimmt sie aber an, daß es gleichgültig sei, wie die Besitzerlangung erfolgte; das Ziel des Rechts auf Übergabe ist nur die Erlangung des Rechts zum Besitz.

²⁶⁴⁾ Sie glaubt (S. 332), daß diese Meinung nicht dem Wesen des Eigentums als eines absoluten Rechts widerspricht, es sei nur sein Inhalt gemindert.

²⁶⁵⁾ Dies gilt auch beim Vormund, Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger.

Für einen anderen Teil der Fälle, in denen ein Recht zum Besitz vorliegt, nimmt Scherk an, daß das Recht des Eigentümers zu einem Recht auf künftigen Besitz gemindert ist.²⁶⁶⁾ Dies gilt für die Fälle, in denen das Recht zum Besitz kraft guten Glaubens oder durch Ersitzung erworben ist.²⁶⁷⁾ Für die übrigen Fälle, wenn ein Schuldverhältnis auf Eigenbesitz gerichtet ist oder bei Bestehen eines Befriedigungsrechts nach § 1003, ist nach Scherk der Besitz ganz und für immer aus dem Eigentum verloren.²⁶⁸⁾

c) Scherks System, dem Raape folgt²⁶⁹⁾, scheint vollständig zu sein. Es führt dazu, die Unzuträglichkeiten, die bei Annahme einer Einrede entstehen, zu beseitigen.

Scherk muß sich aber schon von ihrem Standpunkt aus verhalten lassen²⁷⁰⁾, daß sie den Fall des Zurückbehaltungsrechts der §§ 1000 ff., 273 nicht zufriedenstellend gelöst hat. Auch ein dem Eigentümer gegenüber bestehendes Zurückbehaltungsrecht ist ein Recht zum Besitz.²⁷¹⁾ Diesem Einwand kann nicht wiederum entgegengehalten werden, daß damit ein unberechtigter Besitzer zum berechtigten gemacht werde, bloß weil er Verwendungen gemacht habe²⁷²⁾; denn der bösgläubige Besitzer wird nicht vom Augenblick der ersten notwendigen Verwendung an wegen des Zurückbehaltungsrechts zum berechtigten Besitzer, sondern erst wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 1000 (oder des § 273) gegeben sind, also zum Beispiel der Besitzer die Sache gegen Befriedigung der Verwendungsansprüche angeboten und der Eigentümer die Befriedigung abgelehnt hat. Mit der Ablehnung des Eigentümers wird die Sache dem gegenwärtigen Besitzer zugeordnet und dessen Besitz zum berechtigten gemacht, bis der Eigentümer zu einem anderen Entschluß kommt. Auch kann man nicht annehmen, daß die §§ 1000 ff., 273 unmittelbar (als *lex specialis*), ohne den Weg über § 986, anzuwenden seien²⁷³⁾. Die §§ 1000 ff., 273 können und müssen unter § 986, so wie ihn die herrschende Meinung und auch Scherk verstehen, eingeordnet werden. Der Hinweis, daß hier die Rechtslage gegenüber anderen Fällen verschieden sei und zu einer „Kollision der Besitzrechte des Eigentümers und des Zurückbehaltungsberechtigten führen würde“,²⁷⁴⁾ ist keine Begründung, sondern kennzeichnet gerade die zu lösende Schwierigkeit. Wer ein Recht zum Besitz annimmt, muß hier das Vorliegen einer typischen Einrede bejahen,²⁷⁵⁾ so daß sich ergibt, daß sich der Charakter des § 986 je nach dem Recht des Besitzers wandelt.

²⁶⁶⁾ Scherk S. 356.

²⁶⁷⁾ Scherk S. 343 ff.

²⁶⁸⁾ Scherk S. 356, 345 ff. und 355 f.

²⁶⁹⁾ Raape JhJ 71 S. 166 ff.

²⁷⁰⁾ Jetzt wieder Raiser Eigentumsanspr. S. 126.

²⁷¹⁾ So die herrschende Meinung; früher: Wolff Recht z. Bes. S. 152 Anm. 2; Siber Passivleg. S. 239; jetzt: Staudinger-Kober § 986 Bem. 3; BGB-RGRK § 986 Bem. 4; Westermann § 33 VI 1; vgl. RGZ 124, 28 f.; 136, 422, 426; 137, 324, 353; 144, 62, 66; 170, 257, 260; OLG Kiel SeuffA 57, 182, OGHZ 1, 198; BGH NJW 55, 340, 341; a. A. Erman-Hefermehl § 1000 Bem. 2, § 887 Vorbem. 5; Larenz I § 18 II 5; Scherk S. 353 f.; Raape S. 167 f.

²⁷²⁾ Erman-Hefermehl § 1000 Bem. 2; vgl. Westermann § 33 VI 1.

²⁷³⁾ So aber Erman-Hefermehl § 986 Bem. 1; Scherk S. 353; dies ist nur richtig, wenn man § 986 neu interpretiert; vgl. dazu unten Kapitel V 5 b am Ende.

²⁷⁴⁾ Scherk S. 353 f.

²⁷⁵⁾ Dies ergibt sich vor allem auch aus der einzig möglichen Zug-um-Zug-Verurteilung; Staudinger-Berg § 986 Bem. 1; BGB-RGRK § 986 Bem. 4.

4. Folgen der Lehre vom Einwandcharakter des § 986

Auch wenn man § 986 als Einwendung bezeichnet, wird dadurch das Verhältnis der Ansprüche aus Eigentum, schuldrechtlichem Vertrag und familien- oder erbrechtlichem Rechtsverhältnis nicht endgültig geklärt. Darüber, was die Wirkung einer Einwendung ist, gibt es verschiedene Auffassungen. Zwar wird allgemein für die Einwendungen angenommen, daß sie das Gegenrecht leugnen oder vernichten. Sie werden deshalb in rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen aufgeteilt²⁷⁶⁾. Doch werden die Konsequenzen für § 986 daraus nicht gezogen. Passend wäre höchstens eine rechtshindernde Einwendung. Nach herrschender Meinung wird aber die Entstehung des Eigentumsherausgabeanspruchs durch das Recht zum Besitz nicht gehindert; denn durch die Scheidung des Besitzes vom Eigentum entsteht für sie ohne weiteres ein Eigentumsherausgabeanspruch. Erst wenn er entstanden ist, greift § 986 ein, und zwar so lange, als das Besitzrecht dauert. Bei dessen Beendigung entsteht nicht plötzlich ein Anspruch aus § 985,²⁷⁷⁾ sondern dieser ist schon immer vorhanden. Die herrschende Lehre müßte eigentlich richtigerweise eine dritte Art der Einwendungen bilden,²⁷⁸⁾ bei denen das Recht nicht in seiner Entstehung gehindert, auch nicht aufgehoben wird, sondern nur seine Ausübung durch eine Einwendung gehindert wird. Es tritt eine Entkräftung des Rechts ein, die eine inhaltliche Schranke des Rechts schafft und von Amts wegen zu berücksichtigen ist.²⁷⁹⁾,²⁸⁰⁾ Zudem muß die herrschende Meinung davon ausgehen, daß das Besitzrecht dem Eigentümer, der seine Sache einem Besitzberechtigten überlassen hat, nur diesem gegenüber fehlt, nicht aber im Verhältnis zu anderen,²⁸¹⁾ da die Übertragung des Besitzrechts beiderseits streng relativ ist.²⁸²⁾

Weil so das dingliche Herrschaftsrecht und damit der Anspruch auf den Besitz bestehen bleiben, muß auch die Meinung, die in § 986 eine Einwendung sieht, einen Eigentumsherausgabeanspruch entstehen lassen²⁸³⁾, dessen Geltendmachung unzulässig ist oder – anders ausgedrückt – dessen Fälligkeit für die Dauer der Besitzüberlassung hinausgeschoben ist.

Bei der Beweislastverteilung in § 985²⁸⁴⁾ sind dann die Tatsachen der Einwendung vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen, die Klage ist jedoch auch

²⁷⁶⁾ Enneccerus-Nipperdey § 226 II 1; Lange AT § 15 III; Lehmann AT S. 93; Thomas-Putzo § 253 Vorbem. D I u. 2.

²⁷⁷⁾ Wodurch auch bei einer solchen Meinung gerade in diesem entscheidenden Augenblick zwei Ansprüche gegeben wären und der ganze Streit keinerlei wesentliche Folgen hätte.

²⁷⁸⁾ Krause, Schweigen S. 212, der zeigt, daß diese Fälle nicht in das gängige Schema von Einrede und Einwendung hineinpassen, und den Ausdruck „rechtsbeschränkende Einwendung“ vorschlägt.

²⁷⁹⁾ Ein anderer Fall einer solchen Einwendung ist der der Verwirkung und der der unzulässigen Rechtsausübung; beide bringen das Recht nicht zum Erlöschen, denn es kann (theoretisch) wieder geltend gemacht werden. Soergel-Siebert § 242 C II 7; Erman-Erman § 242 III 3 f.

²⁸⁰⁾ Zur inhaltlichen Beschränkung des Rechts als Einwand, der von Amts wegen zu beachten ist: Krause, Schweigen S. 212; Siebert JW 34, 1829; Lehmann AT § 47 a. E., § 15 I 2 c; Enneccerus-Nipperdey § 229 IV 4, § 239 III 7; Erman-Erman § 242 Bem. 18; Palandt-Dankelmann § 242 Bem. 9; BGB-RGRK § 242 Bem. 4; § 226 Bem. 2; Schlegelberger-Eppig § 242 Bem. 3 a; Soergel-Siebert § 242 C II 7; Staudinger-Weber § 242 Bem. 517; RGZ 134, 257; 143, 250; 152, 403; 153, 358; 156, 77 und 292; 157, 15; 160, 257 und 357; 163, 88; OGH MDR 49, 161 mit Anm. v. Beitzke; BGH LM § 164 BGB Nr. 2; a. A. Lange § 16 V 3 und § 14 III.

²⁸¹⁾ So Raape S. 177 in Forts. u. Ausbau der Lehre v. Scherk.

²⁸²⁾ Vgl. Raiser Eigentumsanspruch S. 127.

²⁸³⁾ „An sich“ entstehen lassen.

²⁸⁴⁾ Dieser schützt den Eigentümer mehr als den Besitzer; vgl. auch Siber Passivleg. S. 25 f.; JhJ 89 S. 86.

dann unbegründet, wenn diese Tatsachen vom Kläger vorgebracht werden. Wenn man aber bei § 986 dies unter einer Einwendung versteht, bleibt vom eigentlichen Charakter einer Einwendung nicht mehr viel übrig. Auch bei Annahme einer Einwendung wird von niemand gefordert, daß der dingliche Herausgabeanspruch nicht neben dem obligatorischen stehen könne, da der erstere endgültig vernichtet oder gar nicht zur Entstehung gekommen sei. Die Frage nach der Einwendung oder Einrede wird mit der Frage nach dem Verhältnis der Herausgabeansprüche zueinander nicht in Zusammenhang gebracht. Vielmehr wird trotz der Annahme einer Einwendung Anspruchskonkurrenz der Herausgabeansprüche auch für die Zeit des Besitzrechts angenommen.²⁸⁵⁾, ²⁸⁶⁾ Dies kann bei einer allein von den Begriffen herkommenden Auslegung auch gar nicht anders sein.

5. Die Lehre von der Verdinglichung obligatorischer Rechte

Auf dem Weg, den Wolff, Margarete Scherk und Raape gegangen sind, schreitet Dulkeit²⁸⁷⁾ weiter fort. Er will die Stellung des Besitzberechtigten noch mehr, als es durch Scherk geschehen ist, verstärken. Ohne auf § 986 einzugehen, hat er seine Lehre von der Verdinglichung obligatorischer Rechte allgemein dargestellt. Ihre Ergebnisse sind aber gleichwohl hier, wo es um den Charakter des Rechts zum Besitz geht, auf ihre Bedeutung für das Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer zu prüfen.

Dulkeit geht von der hergebrachten Definition des dinglichen Rechts aus, wonach die unmittelbare Beherrschung oder Beherrschbarkeit des Vermögensobjekts ohne Beziehung zu Dritten und die Absolutheit ihrer Auswirkung Kennzeichen des dinglichen Rechts sind.²⁸⁸⁾ Der Anspruch erschöpft sich demgegenüber als relatives Recht in einer persönlichen Beziehung zwischen dem Berech-

²⁸⁵⁾ Z. B. Palandt-Hoche § 985 Vorbem. 3, § 986 Bem. 1; Erman-Hefermehl § 985 Bem. 1 c, § 986 Bem. 1; Westermann § 30 II 2, der aber den Anspruch aus § 985 nach Erlöschen des Besitzrechts neu entstehen lassen will.

²⁸⁶⁾ Scherk, die als erste die Lehre begründete, ist der Ansicht, daß der Vindikationsanspruch nicht zur Entstehung kommt, S. 327, ist aber grundsätzlich für Anspruchskonkurrenz und betont dies S. 362 u. 327. Die Verschiedenheit der Frage nach der Konkurrenz und der nach dem Besitzrecht wird auch daran deutlich, daß Scherk auch dort ein Besitzrecht und damit eine Einwendung annimmt, wo gar kein Herausgabeanspruch entstanden ist. So notwendig das im Einzelfall sich aus der Konstruktion der Einwendung ergibt, erweist sich daran andererseits, daß von der Einwendungstheorie keine Lösung des Problems zu erwarten ist.

²⁸⁷⁾ In seiner grundlegenden Schrift „Die Verdinglichung obligatorischer Rechte“.

²⁸⁸⁾ Dulkeit S. 7; zu den Theorien über das Wesen der Dinglichkeit: Kühne AcP 140 S. 1 ff., S. 10 ff.; Eichler I S. 4 Anm. 7. m. w. N., S. 8. Anm. 12; J. v. Gierke S. 1; O. v. Gierke DP II S. 374 ff.; Windscheid I S. 490 ff.; Wolff § 51 II; Jörs-Kunkel-Wagner S. 120; Staudinger Kober Einl. 2 c z. SachR; Staudinger-Seufert Einl. 2 z. SachR;

die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung betonen: Motive III S. 2; Endemann S. 9 Anm. 3, II S. 11 Anm. 15; Esser S. 3;

die Absolutheit des Klagschutzes vertreten: Siber SachR § 2 I; Oertmann JbJ 31 S. 415; Fuchs Grundbegriffe S. 15 ff.; Hellwig Anspr. S. 25 f.; Langheineken S. 8 ff., 11; dagegen insb. Eichler I S. 5 ff., vgl. Heck § 1 3;

beide Seiten betont Baur § 2.

Mehr und mehr setzt sich aber die Auffassung durch, daß das Wesen der dinglichen Rechte in ihrer güterzuordnenden Funktion liegt. So besonders Westermann § 2 II, vorher schon Wieacker Forderung S. 61 (49 ff.); dagegen Raiser JR 55, 118; vgl. Raiser Rvgl. Hb. S. 772.

tigten und dem Verpflichteten. Gegenstand des Anspruchs ist nach § 194 Abs. 1 ein Tun oder ein Unterlassen, das heißt die Leistung des Anspruchseigners.

Dulckheit legt die enge begriffliche Verklammerung von Schuldrecht und Sachenrecht dar²⁸⁹⁾ und meint, daß es bereits im geltenden Vermögensrecht Forderungsrechte gebe, die einerseits eindeutig als solche bestimmt seien, andererseits aber trotzdem Züge des dinglichen Rechts an sich trügen.²⁹⁰⁾ Das sei dann der Fall, wenn ein Besitzschutz gegeben sei. Freilich vermöge nicht der Besitz als solcher ein dingliches Recht zu begründen,²⁹¹⁾ sondern nur das Recht zum Besitz. Allerdings bewirkten die eigentlichen Besitzklagen kaum eine „Verdinglichung“,²⁹²⁾ dazu seien sie zu schwach ausgestaltet. Dagegen unterliege der Besitzschutz aus § 1007 weder in persönlicher noch in sachlicher Beziehung Begrenzungen.²⁹³⁾ Weiter rücke schon im geltenden Recht das Recht zum Besitz in § 823 Abs. 1 zum dinglichen Recht auf.²⁹⁴⁾ Dazu kommen aber auch besitzverbundene obligatorische Rechte (§§ 571, 581 Abs. 2;²⁹⁵⁾ § 1 Abs. 4 MschG²⁹⁶⁾), weiter die Verdinglichung durch die Vormerkung (§ 883) einer Forderung.²⁹⁷⁾

Über die bekannten Fälle einer beschränkten Verdinglichung durch Besitz hinaus will Dulckheit nachweisen, daß hinter jeder vertraglichen Forderung ein relatives „Eigen“ an der Sache selbst steht. Durch die Begründung der Forderung, durch den Abschluß des Schuldvertrags erlange der Gläubiger eine dingliche Rechtsmacht an dem Gegenstand der Leistungspflicht, mag diese sich auf Sachen, Rechte oder Forderungen beziehen. Wenn dann z. B. die Sache übergeben werde, erstarke dieses relative Eigentum zum absoluten, d. h. hier zum jedermann gegenüber geschützten Recht.²⁹⁸⁾

Gegen Dulckeits Lehre haben sich zahlreiche Stimmen erhoben.²⁹⁹⁾ Hier ist nur von Interesse, ob sie die neue, notwendige Abgrenzung zwischen dem Recht des Eigentümers und dem des Besitzers bringen kann.

²⁸⁹⁾ Dulckheit S. 8 ff. Sie ist ebenso vorhanden wie die strenge Trennung von Schuld- und Sachenrecht.

²⁹⁰⁾ Dulckheit S. 12 ff.

²⁹¹⁾ Dulckheit hat dies in überzeugender Weise gegen die h. M. dargetan, die zwar nicht sagt, daß der Besitz ein dingliches Recht ist, aber doch an den bloßen Besitz die gleichen Rechtsfolgen knüpft wie an ein dingliches Recht; vgl. z. B. Wolff § 3 III.

²⁹²⁾ Dulckheit S. 13.

²⁹³⁾ § 1007 wird durch § 986 Abs. 2 ergänzt.

²⁹⁴⁾ Dulckheit S. 15 ff.; nicht so bei § 823 Abs. 2, wo der bloße Besitzstand geschützt ist. Die beiden Vorschriften hätten also verschiedenen Tatbestand und daher verschiedene Auswirkungen und verschiedenen Charakter.

²⁹⁵⁾ Vgl. Dulckheit S. 20 ff. Die Rechtsnatur des Miet- und Pachtbesitzes ist umstritten; vgl. Staudinger-Kiefersauer § 571 Bem. 38 ff.; Enneccerus-Lehmann § 133 I 2 Anm. 1; Esser § 223, 6. Dulckheit bringt den Nachweis, daß viele Vorschriften des BGB die Dinglichkeit des Miet- und Pachtbesitzes wiederingeführt haben (vgl. auch §§ 57, 57 a, c, d ZVG, 20 KO, denen der gleiche Gedanke wie in § 571 BGB zugrunde liegt).

²⁹⁶⁾ § 1 Abs. 4 MschG ist eine — nach Dulckheit S. 24 bedenkliche — Ausnahmenvorschrift und fordert nicht einmal mehr den Besitz des Berechtigten.

²⁹⁷⁾ Dulckheit S. 24 ff.

²⁹⁸⁾ Wie Dulckheit die Frage löst, wenn nur persönliche Dienstleistungen geschuldet werden (Leistung = Sache), interessiert hier nicht, ebensowenig, daß er zwar die Einigung fallen lassen, das Traditionsprinzip aber beibehalten will, vgl. dazu Krause AcP 145, S. 312 ff.

²⁹⁹⁾ Zustimmung hat sich Enneccerus-Nipperdey § 79 Anm. 22 geäußert. Dagegen haben sich ausgesprochen: Lange NJW 52, 1366 I. Sp.; Baur JZ 52, 381; Westermann AcP 152, 93; Enneccerus-Lehmann § 1 II 1 C; vgl. Larenz I § 2.

Richtig ist, daß das durch die Besitzüberlassung verstärkte obligatorische Recht zum Besitz weitgehend einem dinglichen Recht angenähert ist.³⁰⁰⁾ Auch wird man sagen dürfen, daß im BGB die Tendenz vorhanden ist, jedes Recht zu „verdinglichen“, das heißt, es zu schützen gegen angreifende Dritte. Das Recht zum Besitz ordnet zwar das Vermögensobjekt für jedermann dem Besitzenden zu. Diese Zuordnung und die Absolutheit des Klageschutzes erfährt beim Recht zum Besitz nur die einzige, hier aber wesentliche Einschränkung: das Objekt bleibt auch dem Eigentümer zugeordnet und auch die noch so große Verstärkung des Schutzes bleibt der unbeschränkten Eigentümerstellung gegenüber insoweit unwirksam, als sie eine Geltendmachung des Eigentumsherausgabeanspruchs über die Einwendung des § 986 hinaus verhindern wollen. Das dingliche Recht des Eigentümers ist, da eine Ausübungsbeschränkung nur dem Berechtigten gegenüber erfolgt, unverändert; allein durch das Recht zum Besitz wird das Eigentum nicht beeinträchtigt. Da man aber auch dann, wenn man obligatorischen Rechten einen dinglichen Schutz zuspricht, eine Rangfolge der dinglichen Rechte anerkennen muß, wird das Recht aus und zum Eigentum immer über dem Recht zum Besitz stehen; die Relativität der Besitzübertragung ist – so gesehen – unüberwindbar.

Das Innenverhältnis des Eigentümers zum Besitzer wird durch die Verstärkung des Besitzrechts allein nicht grundlegend geändert. Der Eigentümer geht seines Anspruchs aus dem Eigentum nicht verlustig, er kann ihn jedenfalls dann, wenn das Recht zum Besitz beendet ist, neben dem obligatorischen Anspruch geltend machen, der aus dem selben Rechtsverhältnis gegeben ist, das zur Gewährung des Besitzes führte.

Die wie auch immer geratete Verfestigung der Besitzerstellung zum subjektiven Recht läßt somit das Problem, wie sich die Herausgabeansprüche zueinander verhalten, bestehen. Auch ist es nicht möglich § 986 befriedigend zu erklären, der gerade die – der Rangfolge der dinglichen Rechte widersprechende – Bevorzugung des Besitzberechtigten vor dem Eigentümer wünscht.

³⁰⁰⁾ Baur § 1 r c a. E.

V. KAPITEL

Die Beschränkung der Eigentümerstellung

Daher sind neue Überlegungen anzustellen, um das Verhältnis des Eigentümers oder sonst dinglich Berechtigten zum berechtigten Besitzer festzulegen. Sie haben von dem jeweiligen Lebenstatbestand auszugehen.

1. Die verschiedenen Darstellungen

Neu gesehen hat dieses Verhältnis besonders Raiser³⁰¹⁾. Er führt aus, das aus dem gemeinen Recht übernommene Vindikationsprinzip besage zwar, daß der Eigentümer, der bisher keinen Besitz gehabt hat, geschützt werden müsse. Es sage aber nicht aus, welchen Grenzen dieser Schutz unterworfen sei. Nach der Meinung von Raiser³⁰²⁾ werden diese Grenzen durch die Bestimmungen des § 986 festgelegt; denn zivilrechtliche Ansprüche seien nicht sich selbst genügende Wesenheiten der Rechtswelt, sondern nur dann anzuerkennen, wenn sie eine spezifische Schutzfunktion haben. Wenn ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 gegeben ist, habe die Rechtsordnung ein Bedürfnis nach einem solchen Schutz verneint; sie habe das Schutzbedürfnis des Besitzers demjenigen des Eigentümers vorgezogen. Nachdem Raiser dargelegt hat, daß § 931 nicht gegen diese Auffassung spricht,³⁰³⁾ sucht er nach dem Grund dieses Schutzes. Abweichend von Siber, auf den er sich beruft, zieht Raiser nicht Gedanken der Anspruchsökonomie heran, die für eine dogmatische Untersuchung immer nur bedingten Wert haben. Er hält vielmehr das dingliche Herrschaftsrecht Eigentum für „eingebettet in die umfassendere, komplexere Rechtsstellung des Eigentümers, die mannigfache Rechte und Pflichten privater und öffentlich-rechtlicher Art in sich enthält und je nach Zweckbestimmung der Sache einer reichen Abstufung und Differenzierung fähig ist“.³⁰⁴⁾ So betrachtet, kann man annehmen, daß der Eigentümer seine Rechtsstellung verändert, wenn er seine Sache zur Miete, Leihe, zum Nießbrauch, zum Pfand oder innerhalb anderer Rechtsverhältnisse weggibt. Das den Besitz rechtfertigende Verhältnis schließt dann die Vindikation aus: sowohl bei einer obligatorischen Besitzberechtigung als auch bei dinglichen, d. h. hier mit dem Besitz verbundenen Rechten (mögen sie in der Wirkung zu Dritten auch verschieden sein), ist die Rechtsstellung des Eigentümers dem Besitzer gegenüber so verändert und ausgestaltet worden, daß er auch hinsichtlich der Rückforderung der Sache an die besonderen Regeln des einzelnen Verhältnisses gebunden ist und die Sache nicht wie bei einem Zufallsbesitzer jederzeit herausverlangen kann.³⁰⁵⁾ Raiser vertritt seine Meinung im Ergebnis auch in seinem Lehrbuch.³⁰⁶⁾ Er faßt seine Lehre neuestens unter der Bezeichnung „Subsidiarität der Vindikation“ zusammen.³⁰⁷⁾ Dabei wird aber

³⁰¹⁾ Raiser Eigentumsanspruch S. 123 ff., 137 ff.

³⁰²⁾ Raiser aaO. S. 135.

³⁰³⁾ Raiser aaO. S. 135 f.

³⁰⁴⁾ Raiser aaO. S. 137.

³⁰⁵⁾ Raiser aaO. S. 139.

³⁰⁶⁾ Wolff-Raiser § 84 I 2; ebenso Raiser in JZ 58, 681, 683 I. Sp.

³⁰⁷⁾ Raiser JZ 61, 529, 531, wo er sich mit dem Urteil des BGH v. 21. 12. 1960 = BGHZ 34, 122 auseinandersetzt, der seine Meinung dort abgelehnt und Konkurrenz angenommen hat.

nicht klar, ob er damit das Vorliegen einer Form der Gesetzeskonkurrenz behaupten will³⁰⁸⁾ oder nur allgemein aussagen will, daß bei einem bestimmten Sachverhalt der § 985 nicht zur Anwendung kommt.³⁰⁹⁾

Der Meinung Raisers hat sich Baur angeschlossen.³¹⁰⁾ Er führt aus, daß die „Vindikationslage“³¹¹⁾ nur bei unrechtmäßigem Besitz gegeben sei, und interpretiert Raiser dahingehend, daß dieser nicht wirklich Subsidiarität annehme, sondern dem „Rückabwicklungsverhältnis“ aus Vertrag den „Vorzug gebe“, weil der Eigentümer mit der Besitzüberlassung sich insoweit seiner Eigentümerstellung begeben habe.

Weiter hat sich Mühl bei Soergel³¹²⁾ dafür ausgesprochen, daß bei Vorliegen eines besonderen Verhältnisses nur der Herausgabeanspruch aus diesem gewährt wird. Er beruft sich ausdrücklich auf Raiser und weist darauf hin, daß die Grundsätze, die Lehre und Rechtsprechung zu den §§ 987 ff. entwickelt haben, auch für § 985 gelten müßten. In der verschiedenen Behandlung des Hauptanspruchs und der Nebenansprüche sehen auch die anderen Autoren eine untragbare Diskrepanz.³¹³⁾

2. Das Eigentum als pflichtgebundenes Recht

Bei ihren Untersuchungen gehen die Befürworter der neuen Lehre nicht mehr von der Besitzberechtigung und ihrem Wesen aus, sondern richtigerweise vom Eigentumsbegriff selbst. Das BGB hat nicht angegeben, was es unter Eigentum versteht. Es setzt diesen Begriff in § 903 schon voraus, wenn es die positiven und negativen Befugnisse des Eigentümers festlegt. Der Gesetzgeber wollte „weniger eine Definition geben, als den wesentlichen Inhalt der dem Eigentümer zustehenden Rechte feststellen“.³¹⁴⁾ Da die Bestimmung des § 903 sich also nicht auf einen bestimmten Inhalt des Eigentums festlegt, ist sie nicht geeignet, die privatrechtliche Ausgestaltung des Eigentums allein zu tragen; in sie kann zu viel hineingelesen werden.³¹⁵⁾ Es ist daher nach allgemeinen Kriterien zu suchen.

a) Bei der Betrachtung des Eigentums im BGB gibt es dabei zwei Möglichkeiten: Entweder sieht man nur formal den Eigentumsinhalt als eine be-

³⁰⁸⁾ Larenz (Methodenlehre S. 352) hält die Feststellung Raisers, daß der Eigentümer mit der Begründung eines Schuldverhältnisses seine Rechtsstellung ändert, für richtig. Er meint aber, daß diese Wirkung durch den dinglichen Charakter des Rechts zum Besitz hervorgerufen werde. Dieses Recht schließe, solange es nach Maßgabe des Schuldverhältnisses bestehe, den Eigentumsanspruch aus. Er kann Raisers Lehre dann nur als Behauptung einer Form der Gesetzeskonkurrenz begreifen. Er wird Raisers Meinung damit aber wohl schon im Ausgangspunkt nicht gerecht.

³⁰⁹⁾ Auf den Unterschied wird einzugehen sein, u. 3 e.

³¹⁰⁾ Baur § 11 B I.

³¹¹⁾ Ein von Raiser geprägter Ausdruck.

³¹²⁾ Soergel-Mühl § 985 Vorbem. 6, § 986 Bem. 2.

³¹³⁾ Auch Westermann § 30 I S. 137 2. Abs. will sich Raiser anschließen; allerdings will er den Vindikationsanspruch nur bis zur Fälligkeit des persönlichen Anspruchs ausgeschlossen wissen, wodurch er zeigt, daß er dem Grundgedanken Raisers, der nur einen völligen und endgültigen Ausschluß des Vindikationsanspruchs zuläßt, nicht folgt.

³¹⁴⁾ Motive III S. 262, Mugdan III S. 145.

³¹⁵⁾ Soergel-Baur § 903 Vorbem. 5.

stimmte Beziehung einer Person zu einer Sache,³¹⁶⁾ sei das nun die „absolute Beherrschung der Sache“³¹⁷⁾ oder die Rechtsmacht, die die „rechtliche Zugehörigkeit“ der Sache zu dieser Person gewährleistet.³¹⁸⁾ Oder aber man sieht ihn in der freien oder beschränkten Ausübung einer Rechtsmacht. Im ersten Fall ist eine feste Bestimmung des Inhalts für die Dauer möglich, wobei die Grenzen des Eigentums nur als Grenzen der Befugnisse des Eigentümers in Erscheinung treten. Im zweiten Fall wandelt sich das Eigentum nach der gesellschaftlichen und sozialen Auffassung der Zeit. Richtig ist es, beide Seiten zu sehen. Dann wird erklärbar, daß der „Eigentumsbegriff“, seitdem Privateigentum überhaupt auftrat, unverändert zu bleiben schien, daß aber die Ausfüllung dieses Begriffs in den verschiedenen Gesellschaftsordnungen verschieden erfolgte.³¹⁹⁾ Die tiefere Existenz des Eigentumsbegriffs liegt eben in der ganzen Rechtswirklichkeit und setzt sich aus der ganzen Rechtsordnung in allen ihren Funktionen zusammen.³²⁰⁾ Zu dieser gehört auch die Gesellschaftsordnung. Diese ist durch die weltanschaulichen, religiösen, wirtschaftlichen und politischen Einflüsse einer Zeit geprägt und daher in einem ständigen Wandel begriffen. Da das Eigentum Ausfluß der Freiheit des Menschen ist,³²¹⁾ seine Ausübung aber auf die Freiheitssphäre der übrigen Rechtsgenossen trifft, ist hier, wie überall, wo die Freiheit des Menschen sich mit der Freiheit eines anderen Menschen (oder mit einer übergeordneten Macht) überschneidet, eine ständige Auseinandersetzung zwischen Freiheit und Bindung im Gange.³²²⁾ Demnach wurden auch im Laufe der Zeiten einmal die freie und unbeschränkte Ausübung des Eigentums, ein anderes Mal seine Schranken und Bindungen betont. Das Bemühen wird einer Synthese gelten müssen, ohne daß aber ein Mindestbestand rechtlich geschützten Habens aufgegeben wird.³²³⁾ Die gesellschaftliche Ausfüllung des Eigentumsbegriffs hat sich heute weit von der entfernt, die zur Zeit der Schaffung des BGB maßgebend war. Der Eigentumsbegriff hat sich jedenfalls außerhalb des BGB gegenüber der Zeit des Liberalismus³²⁴⁾ völlig gewandelt.³²⁵⁾ So ist die

³¹⁶⁾ Zu den Eigentumstheorien in diesem Sinne nehmen Stellung: Eichler I S. 138; Darmstädter AcP 151, 359; Wolff-Raiser § 51 I; Westermann § 28 I; Kruse I S. 8.

³¹⁷⁾ So Baur § 24 I 1; Wolff-Raiser § 51 II; J. v. Gierke § 23 I 1; Lent SachR § 22 III 2.

³¹⁸⁾ Westermann § 28 I 2; Eichler I S. 140; Wieacker Wandlungen S. 14, 25 und AcP 148, 57 ff.; Windscheid I § 167; zu dieser Theorie vgl. Wolff-Raiser S. 174 Anm. 11.

Eine dritte Auffassung ist die der Ausschließungsbefugnis; sie wird vertreten von Schloßmann JhJ 45 S. 338; Darmstädter AcP 151, 329; Schuhmacher ZHR 113, S. 169 f.

³¹⁹⁾ Vgl. Wieacker Wandlungen S. 9, 19 ff.; Eichler Wandlungen S. 19 ff., 244; Merk Eigentum S. 11 ff.; Würdinger ZAKDR 1936, 70; Hedemann, DNotZ 1952, 6; Rudolph S. 1, 7; Gierke SachR S. 348: „eine historische, keine logische Kategorie“; Soergel-Baur § 903 Vorbem. 1.

³²⁰⁾ Wolff-Raiser § 51 II 2; Rudolph S. 7.

³²¹⁾ Scheuner Verfassungsschutz S. 63; Dürig ZgesStW S. 334 u. Anm. 4; v. Mangoldt-Klein Art. 14. Bem. II 4 a; Krüger S. 4 Anm. 1 m. w. N.; Anschütz WRV Art 153 Bem. 4; Wolff-Raiser § 51, S. 171.

³²²⁾ Westermann § 28 II 2 „Spannungsverhältnis wie Freiheit und Bindung“; Soergel-Baur § 903 Vorbem. 2.

³²³⁾ Soergel-Baur § 903 Vorbem. 2 gegen das Kollektiveigentum; vgl. a. Wolff-Raiser § 51 I S. 171 f.; zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der „DDR“ Blomeyer S. 151 ff., 156 mit Literaturangaben.

³²⁴⁾ Zum Eigentumsbegriff der liberalen Gesellschaftsordnung vgl. Crome III S. 254 Anm. 2; Savigny I S. 301; Windscheid-Kipp I S. 857; vgl. dazu Rudolph S. 3.

³²⁵⁾ Zum Eigentumsbegriff außerhalb der bürgerlichen Rechtsordnung vergleiche Eigentum und Eigentümer (Veröffentlichung der Walter-Raymond-Stiftung Bd. 1) darin besonders Vorwort S. 3 ff. und die Aufsätze von Gundlach, S. 21 ff., Geiger S. 185, Nell-Breuning S. 51 ff., 56 und Wendland S. 148 ff.

Beschränkung des Begriffs auf die Sachen weggefallen und hat einem wirtschaftlichen Eigentum Platz gemacht. Die Auflösung des hergebrachten Begriffs vollzog sich vor allem aber auch dahin, daß als Eigentum nur mehr das bereits allgemein beschränkte Herrschaftsrecht angesehen wird.

b) Zwar hat sich das Eigentum von den gewachsenen Bindungen an die Familie und den Stand befreit, die auch im 19. Jahrhundert noch gegeben waren. An ihre Stelle sind aber neue Bindungen getreten.³²⁶⁾ Dabei werden die Pflichten, die der Eigentümer gegenüber der Gemeinschaft hat, betont. Das Eigentum wird – auch dort, wo man die Bindung des Eigentums in den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff hineinnimmt – als ein Recht angesehen, das innerhalb der allgemeinen Gemeinschaftsordnung und nur mit Rücksicht auf sie ausgeübt werden kann.³²⁷⁾ Auch die Untersuchungen über den Wandel des Eigentums oder der „Eigentumsverfassung“ beschäftigen sich vornehmlich damit, welchen Wandlungen das Verhältnis des Eigentümers zur Gemeinschaft und Gesellschaft unterworfen ist.³²⁸⁾ Dabei kommt Wieacker zu der Forderung außerordentlich weiter Pflichtgebundenheit, da z. B. dem Eigentümer eines Grundstücks nur eine treuhänderische Verwaltungsbefugnis zustehe,³²⁹⁾ weil die Zwecke dieses Grundstücks die Person überdauerten und daher nicht die Person ein Grundstück, sondern das Grundstück einen Eigentümer als Verwalter brauche.³³⁰⁾ Mit Grundstücken und mit allen Sachen dürfe daher nur gemeinnützig, den übergeordneten Zwecken der Gemeinschaft entsprechend, verfahren werden.^{331), 332)}

c) Das BGB hat trotz der ihm vorausgegangenen Rechtsprechung³³³⁾ und der gewichtigen Stimmen von Jhering³³⁴⁾ und Gierke³³⁵⁾ nicht einmal diesen Wechselbeziehungen zwischen Eigentümer und Gemeinschaft Rechnung getragen, mag es auch vom Willen zur sozialen Gesetzgebung bestimmt gewesen sein.³³⁶⁾ Das Eigentum bleibt privates Herrschaftsrecht. Eigentumsschranken wurden nur insoweit errichtet, als sie für das Funktionieren des Rechtslebens nötig waren.³³⁷⁾ Das kam sicherlich daher, daß man den traditionellen Eigentumsgedanken nicht aufgeben wollte oder zu können glaubte.³³⁸⁾ Auch wenn die positive Regelung fehlt, so findet sich andererseits im Gesetz auch nicht eine

³²⁶⁾ Rudolph S. 1.

³²⁷⁾ Rudolph S. 5.

³²⁸⁾ Wieacker Wandlungen S. 21 ff., 25, 42.; Merk Eigentum S. 21 ff.; vgl. Anm. 319; Wolff-Raiser S. 172 Anm. 7 gibt eine richtige Beurteilung dieser sehr einseitigen und übertreibenden Werke.

³²⁹⁾ Wieacker Wandlungen S. 61 ff.

³³⁰⁾ Wieacker aaO. S. 46 u. S. 11.

³³¹⁾ Wieacker aaO. S. 24 f., 42; schwächer Hedemann Eigentum S. 8.

³³²⁾ Auf die Theorie Wieackers von der Abstufung der Pflichtgebundenheit nach der Art und Bedeutung der Güter ist hier nicht einzugehen. Gewiß sind auch gegenüber der Gemeinschaft Unterschiede in der sozialen Bindung gegeben, aber allgemeine Kriterien können dabei nicht aufgestellt werden, es kommt immer auf den Einzelfall an; vgl. dazu Rudolph S. 8 ff.; Wolff-Raiser § 51 II 3 S. 175 Anm. 16.

³³³⁾ Z. B. OVG 8, 327 ff.

³³⁴⁾ Jhering, Zweck I S. 510 f.; vgl. dazu Rudolph S. 4.

³³⁵⁾ Gierke, Soziale Aufgabe S. 14 ff. 16; Entwurf S. 103, 323; SachR S. 348.

³³⁶⁾ Rudolph S. 5.

³³⁷⁾ Motive III S. 258.

³³⁸⁾ Rudolph S. 6 unter Hinweis auf Sohm.

besondere Hervorhebung des unbedingten Charakters des Eigentumsrechts,³³⁹⁾ so daß der Weg frei ist zur zeitgemäßen Ausfüllung des Eigentumsbegriffs auch für das Zivilrecht.

d) Dabei ist aber nicht nur die Beschränkung der Ausübung des Eigentums gegenüber der Gemeinschaft, sondern auch gegenüber konkreten Einzelpersonen zu betrachten, mag dies auch nur die Verwirklichung der Gemeinschaftsbindung des Eigentums sein. Die Beziehungen des einzelnen zur organisierten Gemeinschaft sind zwar ungleich problematischer, und die Schranken, die dem Eigentum hier erwachsen, sind ungleich bedeutsamer.³⁴⁰⁾ Den Eigentümer und den, der sich auf die Schranken des Eigentums beruft, interessieren aber gerade auch die Beschränkungen in der gegenseitigen Beziehung. Die Anschauungen haben sich auch in diesem Bereich gewandelt, sie haben teilweise schon ihren Niederschlag in der Gesetzgebung gefunden. Diese sieht zum Beispiel als richtig an, daß der Eigentümer eines Hauses ein Mietverhältnis nicht nach seinem Gutdünken beenden kann und bei seiner Beendigung den Mieter nicht beliebig aus der Wohnung weisen darf. Auch darf der Eigentümer nicht durch rücksichtslose Ausnützung seines Eigentums seinen Nachbarn schädigen. Der Inhalt und der Schutz des Eigentums mögen in diesem Bereich nahezu unangefochten sein,³⁴¹⁾ sie haben sich praktisch aber in keiner Weise dogmatisch gefestigt und geklärt.

Bei der Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes ist auch innerhalb der Privatrechtsverhältnisse das Eigentum als gebundenes Eigentum zu begreifen.³⁴²⁾ Dem Wesen des Eigentums als einer von der Rechtsgemeinschaft verliehenen Rechtsstellung entsprechende und damit immanente Schranken äußern sich aber nicht nur in den Pflichten, die der Eigentümer auf Grund dieser Schranken hat, sondern sie sind auch bei seinen Befugnissen immer zu beachten.³⁴³⁾

3. Der Begriff des Eigentums in Art. 14 GG

Die Auslegung der Gesetze hat sich dabei nach der Verfassung zu richten; dort hat die Gesellschaft auch ihre Auffassung vom Eigentum niedergelegt. Der rechtlich-konstruktive Weg zur Bestimmung des Eigentums im BGB führt also über Art. 14 GG.

a) Die Bedeutung des Art. 14 GG ist umstritten.³⁴⁴⁾ Daß der Artikel im 1. und 3. Absatz geltendes Recht ist, wird von den meisten angenommen.³⁴⁵⁾ Damit ist in Abs. 1 S. 1 eine Gewährleistung des Eigentums als Institut und als

³³⁹⁾ Kruse I S. 7 hat dieses Weglassen als „Folge der sozialen Erfahrung in 100 Jahren“ seit dem Code Napoléon hervorgehoben. Das BGB wollte sich nicht festlegen.

³⁴⁰⁾ Raiser § 52 IV.

³⁴¹⁾ Dieser Ansicht ist Soergel-Baur § 903 Vorbem. 4, der von einer „Problematik mit erheblicher Sprengkraft“ spricht, die sich aber nur mehr in der Beziehung des einzelnen zur Gemeinschaft äußere.

³⁴²⁾ Vgl. Huber II S. 15 ff.

³⁴³⁾ Raiser § 52 II.

³⁴⁴⁾ Zur Entstehungsgeschichte vgl. Abraham in BK Art. 14 Bem. I 4; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. v. Mangoldt-Klein Art. 14 Bem. II; Weber S. 331 ff.

³⁴⁵⁾ v. Mangoldt-Klein Art. 14 Bem. II 5 u. 6 m. w. N.; Hamann Art. 14 Bem. A 1; Maunz S. 122; Scheuner S. 68 f.

Rechtsstellung gegeben, die allerdings eine wesentliche Gestaltung durch die Vorschrift des Abs. 1 S. 2 erfährt, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden. Diese Vorschrift stellt nicht nur einen speziellen Gesetzesvorbehalt dar, sondern ist eine Interpretation des allgemeinen Verfassungsvorbehalts immanenter Grundrechtschranken. Wird der Gesetzgeber im Rahmen dieser immanenten Schranken tätig, die durch die Verfassung dem Grundrecht bereits vorgegeben sind, so schafft er keine neuen Grundrechtseinschränkungen, sondern füllt nur das Grundrecht gleichsam erklärend aus.³⁴⁶⁾

b) Zu dieser ersten immanenten Schranke des Eigentums tritt durch die Bestimmung des Art. 14 Abs. 2 noch eine zweite, sozialetische. Für diesen Absatz wird von der herrschenden Ansicht angenommen, daß es sich um eine „Grundpflicht mit nur sittlicher Bedeutung“ handle.³⁴⁷⁾ Dieser Auslegung, die bei der Weimarer Reichsverfassung vertretbar war,³⁴⁸⁾ kann für das Grundgesetz nicht mehr gefolgt werden. Dies ergibt sich formal aus Art. 1 Abs. 3 GG.³⁴⁹⁾ Es können dafür aber auch andere Gründe angeführt werden. Einmal ist auch hier zu beachten, daß sich der Eigentumsbegriff außerhalb der Verfassung seit der Verfassung von 1919 wesentlich geändert hat. Außerdem bringt das Grundgesetz diese Wandlung, obwohl es die Formulierung der Weimarer Verfassung beibehalten hat, dadurch zum Ausdruck, daß es den damaligen Abs. 3 des Art. 153 als Abs. 2 des Art. 14 in eine enge Verbindung mit dessen Absatz 1 brachte. Es wollte der verfassungsrechtlichen Garantie des Eigentums eine einheitliche Prägung geben: Eigentum ist nur im Rahmen der Gesetze und nur als sozial gebundenes Eigentum geschützt; Absatz 1 und Absatz 2 können nicht in ihrer Wirksamkeit voneinander getrennt werden.³⁵⁰⁾ Es liegt damit auch kein nur vom Gesetzgeber auszugestaltendes Programm vor, sondern eine verbindliche Richtschnur für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung.³⁵¹⁾

Kann aber der Richter die Ausübung des Eigentums auf die in der Verfassung niedergelegten Grundsätze hin nachprüfen, so ist auch dem Eigentümer selbst in Art. 14 Abs. 2 GG bindend vorgeschrieben, seine Rechte in der Weise wahrzunehmen, daß den Interessen der Allgemeinheit Rechnung getragen wird. Durch einen konkreten Rechtssatz ist dem Eigentümer ein soziales Verhalten auferlegt.³⁵²⁾ Wie die allgemeine Auffassung sieht auch der Verfassungsgeber vornehmlich die Beziehungen des Eigentümers zur Gemeinschaft. Ihr

³⁴⁶⁾ Maunz S. 14 I u. II, § 17 IV 1 b; inwieweit trotzdem Art. 19 Abs. 1 anzuwenden ist, vgl. v. Mangoldt-Klein Art. 14, Bem. V 1 d m. w. N.; das Eigentum darf freilich nicht völlig ausgehöhlt werden.

³⁴⁷⁾ v. Mangoldt-Klein Art. 14 Bem. II 5 Abs. 3 u. V 2 c sowie Vorbemerkungen B XI 3 a.E.; Modell GG Art. 14 Bem. 2 S. 37; Giese GG Art. 14 in der ersten und zweiten Auflage; ebenso die Kommentare zur Weimarer Reichsverfassung: Anschütz Art. 153 Bem. 16; Gebhard Art. 153 Bem. 11; Giese WRV Art. 153 Bem. 6; w. N. bei v. Mangoldt-Klein aaO.

³⁴⁸⁾ Vgl. Anm. 147; schon damals bestritten von Wolff, RVerf. und Eigentum S. 10 ff., und Holstein, Eigentumsbeschränkungen S. 94 ff.

³⁴⁹⁾ Mit dieser Begründung nehmen eine Verpflichtung zur Beachtung zumindest durch die Gesetzgebung an: Abraham in BK Art. 14 Bem. II 5; Scholtissek S. 981 r. Sp.; Knoll S. 489 f.; Huber II S. 13 ff. vgl. Hamann Art. 14 Bem. 5 a u. b.

³⁵⁰⁾ Vgl. v. Mangoldt-Klein Art. 14 Bem. II 4 b.

³⁵¹⁾ Huber II S. 13.

³⁵²⁾ Huber II S. 14.

gegenüber ist das Eigentumsrecht gewährleistet, ihr gegenüber bestehen auch die Schranken.

c) Da aber in Art. 14 nicht nur das subjektive öffentliche Recht des einzelnen aus Eigentum, sondern das Institut als solches gewährleistet ist,³⁵³⁾ wirkt Art. 14 Abs. 2 auch in der Beziehung zu Dritten.³⁵⁴⁾ Es kann dabei die Beantwortung der Frage dahingestellt bleiben, ob es sich dabei um eine echte Drittwirkung der Grundrechte handelt und wie sie im Privatrecht durchzuführen ist.³⁵⁵⁾ Wenn die Grundrechte im Privatrecht beachtet werden müssen, dann auch die Einschränkungen dieser Grundrechte. Die Wertentscheidungen der Verfassung – hier die soziale Bindung des Eigentums – sollen überall wirksam werden.³⁵⁶⁾ Der Satz: „Eigentum verpflichtet“ ist ganz allgemein gehalten, damit ist der Pflichtgehalt des Eigentums auch gegenüber dem einzelnen, nicht nur gegenüber der Allgemeinheit³⁵⁷⁾, ausgedrückt. Im übrigen kann es sich, wenn man eine Drittrichtung der Grundrechte annimmt, zumeist nur darum handeln, daß ein bestimmter Gedanke in einem konkreten Rechtsverhältnis verwirklicht werden muß.³⁵⁸⁾ Das Rechtsverhältnis wäre hier das Eigentümer-Besitzerverhältnis, wo gerade das Eigentum mit anderen Rechten kollidiert und deshalb der Gedanke der Bindung zu verwirklichen wäre.

d) Doch bedarf es dieser Konstruktion nicht; denn § 986 kann als ein Gesetz im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG betrachtet werden. Er bestimmt die Schranken des Eigentums und interpretiert nur mehr die in der Verfassung niedergelegte Beschränkung, indem er die immanenten Grundrechtsschranken ausfüllt.

Aus dieser Sicht wird aber folgendes klar: Das Eigentum, das in den §§ 985 ff. gemeint ist, wird durch § 985 und § 986 zusammen bestimmt. § 986 will aussagen, daß Eigentum im Sinne des § 985 nur das gebundene Eigentum ist, daß es nicht ausgeübt werden darf dem berechtigten Besitzer gegenüber. Der berechtigte Dritte ist hier derjenige, der gegenüber der Allmacht der Eigentumsherrschaft geschützt werden soll, er ist derjenige, dem gegenüber die Verpflichtung des Eigentümers wirkt.

e) Diese Begründung klingt auch schon bei Raiser³⁵⁹⁾ an. Dieser faßt seine Lehre allerdings unter dem Begriff der Subsidiarität des Vindikationsanspruchs zusammen.^{359a)} Damit ist aber, wenn man davon ausgeht, daß Raiser Subsidiari-

³⁵³⁾ v. Mangoldt-Klein Art. 14 Bem. II 6 a; Hamann Art. 14 Bem. A 1; Maunz S. 122; vgl. Dürig S. 331 f. 338; Giese DRiZ S. 192; Reinhardt S. 11; Scheuner S. 68 f. Scholtissek S. 982; Weber S. 333, 355, 361 ff.

³⁵⁴⁾ Hamann Art. 14 Bem. 1; vgl. Huber II S. 10; dagegen v. Mangoldt-Klein Art. 14 Bem. II 11; Reinhardt S. 29; Weber S. 355, 363; Dürig S. 339 ff.; vgl. auch Leisner S. 245 f. und die bei ihm S. 347 zit. Gerichtsentscheidungen.

³⁵⁵⁾ Vgl. Baur § 24 I 4 S. 191 Anm. 4. Näheres zum Problem der Drittwirkung der Grundrechte Leisner S. 306 ff. Eine Anwendung über die Generalklauseln des BGB ist abzulehnen, diese haben eine eigene Funktion.

³⁵⁶⁾ Für die Drittwirkung Enneccerus-Nipperdey § 15 II 4 c, in Anm. 62 genaue Nachweise auch der Gegenmeinung; Leisner aaO.; bez. Art. 14 Abs. 2 vgl. Leisner S. 360, 393.

³⁵⁷⁾ Vgl. Baur § 24 I 4. Die Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit kann nur im konkreten Fall und da zumeist einem Einzelnen gegenüber verwirklicht werden.

³⁵⁸⁾ Vgl. Leisner S. 390.

³⁵⁹⁾ Raiser Eigentumsanspr. S. 138.

^{359a)} Raiser JZ 61, 531.

tät im gewöhnlichen Sinn der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz als eine Form der besonderen Gesetzeskonkurrenz versteht,³⁶⁰⁾ aus der Begründung nicht die Konsequenz gezogen. Ist nämlich der Eigentumsbegriff in § 985 durch § 986 dahin bestimmt, daß nur das nicht durch besondere Vereinbarungen oder gesetzliche Regelungen beschränkte Eigentum den Herausgabeanspruch begründet, dann liegt zwischen dem Vindikationsanspruch und den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts nach den obigen Darlegungen über Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz Tatbestandsverschiedenheit vor, die auf Sachverhaltsverschiedenheit beruht. Es braucht dabei nicht auf die von Raiser herangezogene Begründung zurückgegriffen zu werden, daß das Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer wie ein Schuldverhältnis ein Organismus ist, der mannigfache Rechte und Pflichten enthält. Nur wenn man von einem allgemeinen Rechtsverhältnis Eigentümer-Besitzer ausgeht, kann man sagen, daß, wenn der Eigentümer den Besitzer mit einer Besitzberechtigung ausstattet, er zugleich unter anderem die Pflicht übernimmt, seinen Eigentumsherausgabeanspruch nicht geltend zu machen.^{360a)} Hier liegt auch die Wurzel der Auffassung Raisers von der Subsidiarität des Vindikationsanspruchs. So richtig der Gedanke ist, auch das dingliche Rechtsverhältnis als Organismus zu betrachten, kann er doch hier keine Anwendung finden. Denn es stehen sich jeweils nur beschränktes Eigentum und berechtigter Besitz oder unbeschränktes Eigentum und unberechtigter Besitz gegenüber. Die erste Erscheinungsform hat ihre Regelung in dem betreffenden Schuldverhältnis oder in einem anderen Rechtsverhältnis gefunden, das „Organismus“ ist, die zweite in dem gesetzlichen Verhältnis der §§ 985 ff. — auf sie wird bei den entsprechenden Ansprüchen meist verwiesen —, das ebenfalls „Organismus“ ist.

Bei § 985 geht der Anspruch nur gegen den „unberechtigten Besitzer“. Gegen den Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Pfandgläubiger, Nießbraucher ist ein besonderer Anspruch mit jeweils verschiedenem Tatbestand gegeben. Die Frage nach der Konkurrenz der Ansprüche tritt überhaupt nicht mehr auf; denn jeder Sachverhalt hat den ihm gemäßen Tatbestand und wird nicht durch zwei Tatbestände gedeckt.

4. Die Beschränkung der Rechtsstellung des Eigentümers im einzelnen

a) Fraglich bleibt nur noch, wer nun als berechtigter Besitzer anzusehen ist, d. h. wem, weil er schutzbedürftig ist, die Beschränkung des Eigentums zugute kommt. Anders ausgedrückt lautet die Frage: Wann ist das Eigentum hinsichtlich des Herausgabeanspruchs beschränkt? Die Antwort wird lauten müssen: Wenn der Eigentümer oder sein Vorgänger einen anderen unmittelbar oder mittelbar zum Besitzberechtigten gemacht hat und wenn dadurch ein besonderer Herausgabeanspruch für ihn erwachsen ist oder erwachsen kann. Das ergibt sich aus der folgenden Überlegung: Der Eigentümer, der seine Sache zur

³⁶⁰⁾ Nach Lent S. 29 ist Subsidiarität freilich kein Fall der Gesetzeskonkurrenz, sondern liegt dann vor, wenn eine Deckung der Tatbestände überhaupt nicht stattfindet, sondern wenn diese nebeneinander stehen (S. 30). Außerdem muß aber nach Lent der eine Tatbestand rechtlich so bedeutungslos erscheinen, daß er durch die überwiegende Bedeutung des anderen Tatbestands völlig ausgeschieden wird.

^{360a)} Raiser Eigentumsanspr. S. 138.

Miete oder zur Reparatur an einen Werkunternehmer oder zur Ausführung eines Auftrags an den Auftragnehmer oder zum Zwecke der zukünftigen Über-eignung an einen Vorbehaltskäufer wegzugeben sich verpflichtet hat, hat mit der Begründung eines dieser Schuldverhältnisse auch seine Rechtsstellung als Eigentümer verändert und sein Eigentum beschränkt.³⁶¹⁾ Entgegen Raiser ist anzunehmen, daß die Beschränkung schon mit dem Abschluß des Vertrages oder der dinglichen Einigung erfolgt und der Besitzüberlassung nicht bedarf, da sie nur im Innenverhältnis wirkt und nicht der Publizitätsfunktion des Besitzes bedarf. Allerdings hat sie bis zur Besitzüberlassung keinerlei praktische Wirkung, denn es würde am Tatbestandsmerkmal des Besitzes, das für jeden Herausgabeanspruch notwendig ist, fehlen. Das ändert aber nichts an der bereits eingetretenen Beschränkung.

Regelmäßig erhält der Eigentümer für die Minderung seines Eigentums-rechts einen besonderen Herausgabeanspruch, so daß seine Rechtsstellung wieder vollständig und er gebührend geschützt ist. Allerdings ist er an die Regelung dieses Herausgabeanspruchs gebunden. Ihn allein kann er in Zukunft geltend machen. Daß nach der Fälligkeit des persönlichen Herausgabeanspruchs plötzlich ein dinglicher wieder entsteht, kann von der Grundlage der Theorie der Eigentumsbeschränkung her nicht mehr angenommen werden.³⁶²⁾ Die Ver-änderung der Eigentümerstellung bleibt immer bestehen; denn das Schuld-verhältnis, das diese Veränderung bewirkt, erlischt ja nicht, wenn der zu ihm gehörige Herausgabeanspruch fällig wird. Es bleibt bestehen und verpflichtet weiterhin das Eigentum. Gerade dann ist der Eigentümer gehalten, sein Eigen-tumsrecht nicht auszuüben, sondern die Rechtsbehelfe zu ergreifen, die der von ihm geschaffenen Besitzberechtigung gemäß sind.

b) Betrachtet man in diesem Lichte § 986 genauer, so ist in Abs. 1 Satz 1 die besprochene Verpflichtung festgelegt. Daß der Eigentümer auch dem Besitzer gegenüber gebunden ist, der sein Besitzrecht von einem dem Eigentümer gegenüber unmittelbar berechtigten Besitzer ableitet, erhellt daraus, daß der Eigentümer mit der Einräumung der Besitzberechtigung auch das Recht ge-geben hat, diese Besitzberechtigung weiterzuübertragen. Das Eigentum ist also auch in diesem Umfang eingeschränkt. Hat der Eigentümer dies aber nicht ge-tan, und ein Dritter hat trotzdem die Sache in Besitz, dann hat er, da dem Dritten gegenüber sein Eigentum nicht gebunden ist, gegen diesen den Heraus-gabeanspruch. Da er aber seinem Partner gegenüber gebunden ist, kann er Besitzeinräumung nur an diesen verlangen. Nur wenn dieser gleichsam auf die Beschränkung des Eigentums verzichtet, wird das Eigentum ganz frei. Das be-sagt Abs. 1 Satz 2. Abs. 2 legt nur noch fest, daß der Erwerber des Eigentums dieses so beschränkt erwirbt, wie es der Voreigentümer innehatte.

c) § 1004, der wie § 985 und § 986 zu betrachten ist, hat die Rechtslage schon in seinem Wortlaut deutlicher zum Ausdruck gebracht, indem er in einer Norm aussagt, daß ein Anspruch nicht besteht, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist, was so zu interpretieren ist: wenn sein Eigentum beschränkt ist. Denn wie schon § 906 zeigt, führt der Bindegehalt des Eigentums zu der

³⁶¹⁾ Dies ist Raisers (Eigentumsanspruch S. 138) Hauptbegründung; sie hat aber erst hier ihren Platz, wo es um den Umfang des Kreises der Berechtigten geht.

³⁶²⁾ Raiser Eigentumsanspr. S. 140.

Duldungspflicht im § 1004. In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu sehen, daß der negatorische Anspruch an und für sich – betrachtet man sein Wesen und seine Funktion – der umfassendere Rechtsbehelf ist und der Herausgabeanspruch demgegenüber ein speziell geregeltes Segment dieses Schutzbereiches darstellt.³⁶³⁾ Ist das Prinzip des gebundenen Eigentums aber beim allgemeinen Anspruch besser erkannt und geregelt, so muß es auch beim besonderen berücksichtigt werden.³⁶⁴⁾

5. Einwendung oder Einrede?

a) Daß die Beschränkung des Eigentums, wie jede andere Beschränkung einer Rechtsstellung, eine Einwendung darstellt und von Amts wegen zu beachten ist, ist nicht zweifelhaft.³⁶⁵⁾ Einwendungen sind auch solche Rechtsbehelfe, die eine immanente Schranke geltend machen³⁶⁶⁾ und das Nichtvorhandensein eines Anspruchs behaupten.

b) Die übrigen Besitzberechtigungen, denen kein besonderer Herausgabeanspruch gegenübersteht, geben dagegen nur eine Einrede. Ihnen gegenüber ist das Eigentum nicht verändert, sondern nur zeitweilig in seiner Ausübung insofern beschränkt, als die Verwirklichung des bestehenden Vindikationsanspruchs an besondere Voraussetzungen geknüpft ist. Dies ist der Fall bei allen Zurückbehaltungsrechten (§§ 273, 1000, 972) und beim Recht des Käufers, dem die Sache noch nicht übereignet wurde, der aber schon im Besitz der Sache ist.³⁶⁷⁾ Die Zurückbehaltungsrechte geben eine Besitzberechtigung, es würde zu weit gehen, ihnen den Charakter eines Rechts zum Besitz zu nehmen.³⁶⁸⁾ Aber weil diese Besitzberechtigung jederzeit vom Eigentümer aufgehoben werden und eine Verurteilung nicht verhindern kann, sondern nur den Anspruch dahin abwandelt, daß die Leistung Zug um Zug erfolgt,³⁶⁹⁾ liegt nur eine anspruchsändernde Funktion des Rechts vor. Es soll verhindern, daß der Eigentümer unbilligerweise eine Sache erhält und gleichzeitig dem Berechtigten etwas vorenthält, das dieser zu Recht verlangen kann.

Der Unterschied zwischen den Besitzberechtigten wird aber erst dann ganz deutlich, wenn man die einzelnen Rechte in ihrer Wirkung auf die Eigentümerstellung betrachtet. Nicht alle Besitzberechtigungen vermögen diese Eigen-

³⁶³⁾ Vgl. Baur AcP 160 S. 476 im Rahmen der eingehenden Untersuchung des § 1004. Dieser Zustand widerspricht der Entstehung der beiden Ansprüche, da die *actio negatoria* sich von der rei vindicatio abgespalten hat (Kaser RPrK S. 367). Dies besagt aber wenig, denn es ist meist so, daß zuerst das wichtigste Rechtsinstitut geregelt wird, und man erst dann erkennt, daß es Teil einer größeren Einheit von Ansprüchen ist.

³⁶⁴⁾ Auch bei § 1007 ist das Prinzip klar erkennbar, daß der Besitz gegenüber einer besseren Besitzberechtigung ungeschützt ist.

³⁶⁵⁾ Raiser Eigentumsanspr. S. 139.

³⁶⁶⁾ S. o. Anm. 277; vgl. Krause Schweigen S. 212.

³⁶⁷⁾ Selbst wenn der Eigentümer in einem solchen Fall (dem klassischen der *lex rei venditae et traditae*) den Besitz selbst weggegeben hat, wollte er nicht seine Eigentümerstellung verändern. Daß er seinen Eigentumsherausgabeanspruch nicht geltend machen darf, folgt hier aus dem allgemeinen Gedanken, daß nicht zurückgefordert werden darf, was wieder zurückgegeben werden muß. Eine Berufung auf diesen Satz ist im Wege der Einrede geltend zu machen.

³⁶⁸⁾ Scherk S. 352 ff.; Raape S. 167 f.; vgl. Planck-Siber § 273 I c.

³⁶⁹⁾ Staudinger-Berg § 986 Bem. 1; Erman-Hefermehl § 986 Bem. 1.

tümerstellung zu verändern; den Zurückbehaltungsrechten kommt eine solche Kraft nicht zu. Das Recht braucht eine solche Vielfalt der Abstufung, und es ist nicht notwendig, alle Besitzberechtigungen in ihrer Wirkung gegenüber dem Herausgabeanspruch unter einen Begriff zu bringen. Wird § 986 als Ausdruck der Eigentumsbeschränkung gesehen, so ist es nicht möglich und nicht nötig³⁷⁰⁾, ihn auch als Plattform für die Anwendung der Zurückbehaltungsrechte zu verwenden. Diese und ähnliche Einreden sind dann selbständige Gegenrechte, die dem Anspruch aus § 985 unmittelbar entgegenstehen.^{370a)}

6. Die Berechtigung des Finders

In diesem Zusammenhang ist noch im einzelnen über den Finder und seine Besitzberechtigung zu sprechen. Denn würde man dem Finder ein Recht zum Besitz dem Eigentümer gegenüber zusprechen, so müßte in der hier vertretenen Auslegung der §§ 985, 986 eine Ausnahme gemacht werden. Ein eigener Herausgabeanspruch des Verlierers gegen den Finder besteht nämlich nicht, der Finder ist vielmehr unmittelbar der Vindikation oder dem entsprechenden Rechtsbehelf eines berechtigten Besitzers ausgesetzt.³⁷¹⁾ Sein Recht kann er nicht vom Eigentümer in der Weise ableiten, daß es instände wäre, die Ausübung des Eigentumsrechts zu beschränken. Vielmehr liegt, wie § 972 zeigt, lediglich ein dem Zurückbehaltungsrecht der §§ 1000 ff. entsprechendes Recht vor,³⁷²⁾ das den Eigentumsanspruch selbst nicht berührt.³⁷³⁾ Der Finder ist letztlich ein Besitzer ohne Recht, seine Anwartschaft auf das Eigentum beruht, wenn man sie überhaupt annimmt, nur auf dem Gedanken der Verschweigung, nicht auf einem bereits vorhandenen Besitzrecht, das zu Eigentum erstarken könnte.

7. Das Eigentum bleibt Herrschaftsrecht

Der hier vertretenen Auffassung über den Eigentumsherausgabeanspruch könnte vorgeworfen werden, sie werde der Bedeutung des Eigentums als eines umfassenden dinglichen Rechts nicht gerecht. Jedoch braucht an der herkömmlichen Feststellung, daß das Eigentum das umfassendste Herrschaftsrecht ist, das man an einer Sache haben kann, nichts geändert zu werden.³⁷⁴⁾ Allerdings ergibt sich eine andere Einordnung der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen:

³⁷⁰⁾ Anders wenn man mit der h.M. § 986 nur als Hemmung des entstandenen Eigentumsherausgabeanspruchs versteht; vgl. IV. Kapitel 3 c am Ende.

^{370a)} Die unmittelbare Anwendung der §§ 273, 1000 wird auch von denen schon befürwortet, die den § 986 traditionell sehen, aber die Schwierigkeit des Zusammenfallens von Einwendungen und Einreden in dieser Vorschrift umgehen wollen; z. B. Erman-Hefermehl § 986 Bem. 1. Für die Anwendung über § 986 ist die h.L., die aber teilweise in § 986 sowieso nur die Gewährung einer Einrede sieht; vgl. Westermann § 30 II 3, § 33 VI 1, BGB-RGRK § 986 Bem. 4, RGZ 136, 426.

³⁷¹⁾ Vgl. o. Anm. 15. Der Finder wird zwar auch durch Leistung an den Verlierer befreit, das zeigt aber gerade, daß einen Anspruch nur die Empfangsberechtigten haben. Empfangsberechtigte sind nach h. L. aber diejenigen, die umgekehrt einen Herausgabeanspruch haben, vgl. Erman-Hefermehl § 969 Bem. 2; Westermann § 59 I 4.

³⁷²⁾ Raiser Eigentumsanspruch S. 139.

³⁷³⁾ Daß hier ausnahmsweise die Folgeansprüche durch eine andere Regelung ersetzt werden, sagt zum Problem nichts aus.

³⁷⁴⁾ Raiser Eigentumsanspruch S. 137.

a) Nach Maßgabe des in der Verfassung niedergelegten subjektiven Eigentumsrechts und zu seiner Stützung³⁷⁵⁾ besteht eine öffentlichrechtliche Einrichtungsgarantie³⁷⁶⁾ des Eigentums. Diese Einrichtungsgarantie findet ihren Niederschlag und gleichzeitig ihre Ausgestaltung in der Zubilligung eines Herrschaftsrechts über Sachen durch das bürgerliche Recht. So groß und umfassend die Bedeutung und Gewährleistung des Eigentums in der Verfassung ist, genauso groß erscheint es auch im bürgerlichen Recht,³⁷⁷⁾ in der positiven Befugnis des Einwirkungsrechts und der negativen Befugnis des Ausschließungsrechts. Freilich ist zu betonen, daß man die Einrichtung des Eigentums nicht aus den Bestimmungen des BGB, sei es des § 903, sei es des § 985, herauslesen und herleiten kann, sondern dort nur die Auswirkung und Ausgestaltung dieser Einrichtung geregelt ist. Damit ist die Bedeutung dieser Vorschriften zwar geschmälert, aber nicht innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Systems. Innerhalb desselben hat die Bestimmung des Eigentums hinsichtlich seiner Art und seines Umfangs durchaus ihren Platz. Das Privatrecht besteht aus der Regelung nicht nur der Beziehungen zwischen den Personen³⁷⁸⁾, sondern auch der Beziehungen der Person zu der Sache. Beide Regelungen sind zur Bestimmung der Rechte und Pflichten der Rechtsgenossen innerhalb des bürgerlichen Rechts notwendig. Ob man allerdings auch die Beziehung der Person zum Rechtsobjekt als Rechtsverhältnis bezeichnen kann,³⁷⁹⁾ mag zweifelhaft sein,³⁸⁰⁾ kann aber dahingestellt bleiben. Auch dann, wenn man sie nicht unter diesem Begriff einordnet, sondern absolute Rechte als eigene Kategorie bestehen läßt, kann man diese Beziehungen nicht aus dem Privatrecht herauslösen und dem öffentlichen Recht zuweisen.³⁸¹⁾ Öffentlichrechtliche Einrichtung und privatrechtliche Ausgestaltung eines Instituts sind zu unterscheiden und zu trennen. Die Regelung eines subjektiven Rechts als Herrschaftsrecht im privatrechtlichen Sinn ist ohne Rücksicht auf die Einordnung als Rechtsverhältnis bereits Ausgestaltung und damit privatrechtlich.

b) Wenn nun bei der Ausgestaltung des Eigentums auf die nur beschränkte öffentlichrechtliche Anerkennung des Eigentums Bezug genommen wird, so liegt darin keine Aushöhlung des Eigentumsbegriffs. Dies ergibt sich auch daraus, daß bei der Auslegung der §§ 985, 986 nur ein Teil der Pflichtgebundenheit

³⁷⁵⁾ Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Rn. 98 unter Anm. 1 u. 2 S. I III 47.

³⁷⁶⁾ v. Mangoldt-Klein S. 83 hat diesen Begriff eingeführt. Die Einrichtungsgarantie wurde in der früheren Lehre „institutionelle Garantie“ genannt. Begründer der Lehre waren Martin Wolff (in RVerf. und Eigentum, passim) und Carl Schmitt (in Verfassungslehre, S. 170 ff., und in HdbDStR II S. 595 f.); wegen der weiteren Vertreter dieser Lehre vgl. bei v. Mangoldt-Klein aaO. Anm. 11.

³⁷⁷⁾ Hier nur bezüglich des Eigentums an Sachen, während der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff weiter ist.

³⁷⁸⁾ Windscheid Pand. I S. 111 f. wollte das Eigentum als Verhältnis der Subjekte des Rechtssystemes sehen und damit auch die Schwierigkeit umgehen, das Verhältnis des Eigentümers zur Sache als Rechtsverhältnis bezeichnen zu müssen. Vgl. zu Windscheid: Langheincken S. 9; Fischer S. 70 f., 73; Cosack I S. 284; Leonhard SchuldR I S. 8 f. und S. 199 Anm. 3; gegen Windscheid besonders Staudinger-Weber Einl. Bem. 41; v. Tuhr S. 242; Kipp zu Windscheid S. 183; Endemann I S. 60; Biernann I S. 109; Thon S. 15 f.; Neussel S. 30, 51.

³⁷⁹⁾ Beziehung von Person zu Person und zu Gegenständen nehmen als Rechtsverhältnis an: Enneccerus-Nipperdey § 71 I u. § 77; Lehmann § 10; v. Tuhr S. 123; Hellwig Anspruch S. 1 f.

³⁸⁰⁾ Nur eine Beziehung von Person zu Person nehmen an: Savigny I § 52; Bierling I S. 183 ff., 239 ff.; Rümelin II S. 342 f.; Stammler S. 241 ff., 654; Neussel S. 27 ff.

³⁸¹⁾ wie dies Neussel S. 30 u. S. 52 will.

aller Privatrechte³⁸²⁾ betrachtet wird. So wie die Vertragsfreiheit gewährleistet ist,³⁸³⁾ so ist auch bereits eine Bindung dieser Vertragsfreiheit festgelegt, die ihren Niederschlag und ihre Ausgestaltung in der Auslegung und Bestimmung der Gläubigerrechte findet.³⁸⁴⁾

c) Über Schuld- und Sachenrecht hinweg ergibt sich das Bild von Herrschaftsrechten, in denen bürgerlichrechtlich das Verhältnis des Inhabers des Rechts zum Gegenstand des Rechts festgelegt wird und von Rechtsverhältnissen, die Beziehungen zu Dritten auf Grund dieser Rechte je nach Notwendigkeit regeln. So ist es die Funktion der §§ 903 ff., das Verhältnis des Eigentümers zu seiner Sache, und die der §§ 985 ff., die Beziehungen des Eigentümers zum unberechtigten Besitzer zu regeln. Andere Bestimmungen betreffen das Verhältnis des Erbbauberechtigten zum unberechtigten Besitzer, des Eigentümers zum Pfandgläubiger, des Nießbrauchers als Verpächters zum Pächter, des Eigentümers zum Nießbraucher, des Vermieters zum Mieter, des Verleihers zum Entleiher. Diese Rechtsverhältnisse dienen zur Ordnung bestimmter Lebensverhältnisse und treten nur bei Vorliegen des zu ihnen passenden Lebensverhältnisses in Erscheinung. Die Rechtsverhältnisse schaffen ihrerseits Ansprüche, so die Herausgabeansprüche, Schadensersatzansprüche, Verwendungsansprüche. Die hier vertretene Auffassung vom Eigentümer-Besitzerverhältnis als Regelung eines bestimmten sonst nicht geregelten Tatbestandes fügt sich in dieses Bild des bürgerlichrechtlichen Systems ein.

³⁸²⁾ Boehmer Einführung S. 249 f.

³⁸³⁾ Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 1 Rn. 53.

³⁸⁴⁾ Boehmer Einführung S. 250 ff.

VI. KAPITEL

Das Verhältnis der Herausgabeansprüche zueinander im einzelnen

Das Ergebnis, daß die Stellung des Eigentümers durch eine einmal entstandene Besitzberechtigung so verändert ist, daß ihm ein auf das Eigentum gestützter Herausgabeanspruch nicht zusteht, bedarf noch der Anwendung auf die denkbaren Fälle des Zusammentreffens von Herausgabeansprüchen.

1. Beschränkung aller eigentumsähnlichen Rechte und der Besitzrechte

a) Ausgedehnt werden kann der entwickelte Gedanke auf alle Herausgabeansprüche, die in der Konstruktion dem Eigentumsherausgabeanspruch nachgebildet sind. Dies gilt schon kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung dort, wo bezüglich des Herausgabeanspruchs auf die §§ 985 ff. und damit auf § 986 verwiesen ist, also beim Anspruch des Nießbrauchers (§ 1065), des Pfandgläubigers (§ 1227) und des Erbbauberechtigten (§ 11 ErbbVO). Sachlich wird die Ausdehnung dadurch gerechtfertigt, daß hier eigentumsähnliche Rechte oder vom Eigentum abgespaltene Rechte vorliegen, die jedenfalls bezüglich der Beschränkungen wie das Vollrecht zu behandeln sind. Der erwähnte Grundsatz ist auch beim Wohnungseigentum anzuwenden; denn dieses Sondereigentum ist echtes Eigentum (vgl. § 13 Abs. 1 WEG). Hat der Nießbraucher oder Pfandgläubiger eine Besitzberechtigung bestellt oder ist eine solche kraft Gesetzes entstanden, so ist er auf den persönlichen Herausgabeanspruch beschränkt.

b) Wie die Stellung des Eigentümers wird auch die des Besitzers beschränkt, wenn diesem bessere Besitzberechtigungen gegenüberstehen. So kann der Vermieter gegen den Mieter, aber auch der Mieter gegen den Untermieter nicht den Anspruch aus § 1007 geltend machen – dieser geht ebenfalls nur gegen einen unberechtigten Besitzer –, sondern nur den Anspruch aus dem Mietverhältnis. Der Besitzer ist jedoch nicht bezüglich des Besitzentziehungsanspruchs des § 861 beschränkt. Hier dringt das Besitzrecht zunächst auch gegen eine bessere Besitzberechtigung durch, weil der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz immer fehlerhaft ist. Gegen den Anspruch des § 861 kann ja nicht einmal Eigentum eingewandt werden. Der Besitzer hat hier in manchen, seltenen Fällen die Wahl zwischen dem Besitzentziehungsanspruch und dem persönlichen Anspruch, so etwa, wenn sich der Entleiher durch verbotene Eigenmacht in den Besitz gesetzt hat, die Leihfrist schon abgelaufen, aber der Besitzanspruch nach § 864 noch nicht erloschen ist.

2. Beschränkung durch besonders begründete Rechtsverhältnisse

Auf der anderen Seite wird die Eigentümerstellung nicht nur durch Eingehung eines Miet- oder Pachtverhältnisses beschränkt. Diese Schuldverhältnisse stehen bei der Betrachtung des Problems nur deshalb im Vordergrund, weil es uns hier am häufigsten begegnet und weil hier das Schutzbedürfnis des Verpflichteten – des Mieters und Pächters – am deutlichsten wird.

Vielmehr tritt, wie schon betont, diese Beschränkung immer dort ein, wo ein besonderes Verhältnis durch Vertrag oder Gesetz begründet wird, und ein persönlicher Herausgabeanspruch als Ausgleich entsteht. Demzufolge ist sie gegeben auch beim Nießbraucher, Pfandgläubiger und Erbbauberechtigten. Damit erhalten die §§ 1223, 1055, § 11 ErbRechtVO, die sonst selten zur Anwendung kämen, die ihnen zustehende Bedeutung.

Bei den schuldrechtlichen Berechtigungen gilt das gleiche für den Entleiher, den Verwahrer³⁸⁵⁾, den Beauftragten, unter Umständen, nämlich wenn der Besitz einer Sache im Rahmen und zum Zwecke der Abwicklung des Vertrages auf den Schuldner übergegangen ist, für den Vorbehaltskäufer, den Frachtführer und Spediteur, den Werkunternehmer, den Dienstschuldner und den Gastwirt.

3. Keine Beschränkung durch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung

Es kann aber nicht angenommen werden, daß die Stellung des Eigentümers durch die Entstehung eines besonderen Verhältnisses aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung beschränkt wird.³⁸⁶⁾

a) Der Eigentümer hat, wenn ihm der Besitz durch unerlaubte Handlung entzogen wird, nichts von seinem Recht verloren. Zwar entsteht zwischen dem Eigentümer und dem Dieb ein besonderes Schuldverhältnis, aber dieses gewährt kein Recht zum Besitz. Die Herausgabeansprüche aus Eigentum und unerlaubter Handlung wären also nebeneinander gegeben. Darüber hinaus ist aber zu fragen,³⁸⁷⁾ ob nicht bezüglich des Herausgabeanspruchs die §§ 823 ff. genau so ausgeschlossen sein sollen wie bezüglich der Nebenansprüche,³⁸⁸⁾ da die §§ 823 ff. BGB in erster Linie Schadenersatz gewähren wollen und erst durch Auslegung gefunden werden kann, daß unter Schadenersatz auch die Naturalrestitution zu verstehen ist. Der allgemeine Grundsatz, daß jemand zur Wiedergutmachung und zum Ersatz des Schadens, den er schuldhaft verursacht hat, verpflichtet ist, hat eben im Verhältnis des Eigentümers zum unrechtmäßigen Besitzer eine besondere Ausgestaltung gefunden, die bei Vorliegen des entsprechenden Tatbestands eingreift. Auch hier muß gelten, daß Herausgabeansprüche und Folgeansprüche einheitlich zu behandeln sind.

b) Ähnliches gilt bezüglich des Bereicherungsanspruchs. Bei der Nichtigkeit eines Schuldverhältnisses ist der Besitzer von vornherein nicht zum Besitz berechtigt. Der Eigentümer kann daher auch nicht in seinem Recht eingeschränkt worden sein. Der Besitzer der Sache ist um diesen Besitz auf Kosten des Eigentümers bereichert, er ist aber gleichzeitig unberechtigter Besitzer. Der Anspruch aus § 812 wäre neben dem aus § 985 gegeben. Geht man von der hier vertretenen

³⁸⁵⁾ Dies, obwohl der Verwahrer dem Herausgabeanspruch jederzeit ausgesetzt ist; denn es kommt nicht auf die Fälligkeit der Ansprüche an, sondern auf das Bestehen eines Sonderrechtsverhältnisses.

³⁸⁶⁾ Raiser Eigentumsanspruch S. 139 u. 140.

³⁸⁷⁾ Auf diese Frage kann hier nicht näher eingegangen werden.

³⁸⁸⁾ Vgl. § 992.

Meinung aus, so kann man auf den ähnlichen Sinn und Zweck und die ähnliche Funktion dieser beiden Ansprüche hinweisen. Bei der Nichtigkeit oder dem Nichtbestehen eines Vertrages oder gesetzlichen Schuldverhältnisses entsteht bei Zuwendungen, die eine Vermögensverschiebung bedeuten, ein Anspruch auf Rückgängigmachung dieser Vermögensverschiebung. Daß dieser Anspruch nur besteht, wenn die Vermögensverschiebung „ohne rechtlichen Grund“ geschah, ist ausdrücklich in § 812 ausgesprochen. Was den Besitz einer Sache anbetrifft, will § 985 im wesentlichen das gleiche sagen. Bei Nichtigkeit oder Nichtbestehen eines den Besitz rechtfertigenden Rechtsverhältnisses ist der Besitz dem Eigentümer wieder einzuräumen, ist die der Rechtslage entsprechende Besitzlage wieder herzustellen. Diese wichtige Aufgabe hat § 985, bei dieser Aufgabe muß es aber auch bleiben. Daß das Anspruchserfordernis des unbeberechtigten Besitzes in einer zweiten Norm ausgesprochen ist, ändert nichts daran, daß die Funktion des ganzen Anspruchs dem des § 812 gleicht. Bei dieser Aufgabengleichheit ist § 985 bezüglich des Besitzes eine Sondervorschrift. Eine daneben bestehende Besitzkondition ist zu verneinen.

4. Die Rechtsverhältnisse des Familien- und Erbrechts

Es ist weiter noch kurz auf die im Familien- und Erbrecht geregelten Herausgabeansprüche einzugehen.

a) Unproblematisch sind hier zunächst die Rechtsstellungen, die einer Auftragserteilung angenähert sind, also die des Testamentsvollstreckers, Nachlaßverwalters und Nachlaßpflegers. Der Erbe ist in diesen Fällen zwar Eigentümer, aber er kann nur den persönlichen Herausgabeanspruch gegen den Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter oder Nachlaßpfleger geltend machen. Im Rahmen dieses Anspruchs werden auch die Haftung für die verwalteten Gegenstände sowie die Vergütung geregelt. Nichts anderes gilt bezüglich der Ansprüche des Kindes gegen seine Eltern bezüglich des Kindesvermögens und des Mündels gegen den Vormund bezüglich des Mündelvermögens. Hier ein Nebeneinanderbestehen der Ansprüche deshalb anzunehmen, weil der Herausgabeanspruch hier immer auf die Sachgesamtheit eines Vermögens und nicht wie beim Eigentums herausgabeanspruch auf einzelne Gegenstände gerichtet ist, wäre bedenklich, denn einmal ist auch eine Teilherausgabe auf Grund dieser Vorschriften denkbar und möglich, zum anderen kann die Herausgabe von Sachen, um die es hier geht, nur durch Einräumung des Besitzes jedes einzelnen Gegenstandes erfolgen. Ein Unterschied zum Herausgabeanspruch des § 985 besteht im Weg und im Ergebnis überhaupt nicht. Eine neben dem persönlichen Herausgabeanspruch herlaufende Vindikation ist daher abzulehnen. Denn wie das Besitzmittlungsverhältnis auch zu konstruieren ist, es liegt sicher eine Besitzberechtigung der Eltern oder des Vormunds vor, die auf einem Rechtsverhältnis beruht, das mannigfache Pflichten und Rechte beinhaltet. Die vermögensrechtliche Beziehung des Kindes zu den Eltern, des Mündels zum Vormund hat sich innerhalb dieses Rahmens zu halten. Für andere Ansprüche bleibt kein Raum.

b) Hierher gehört auch der Anspruch des Nacherben gegen den Vorerben (§ 2130). Zwar ist hier der Vorerbe Eigentümer bis zur Nacherbfolge und wird der Nacherbe erst Eigentümer zu diesem Zeitpunkt. Daher könnte man an-

nehmen, daß in dem Augenblick, in dem hier Eigentum und Besitz auseinanderfallen, dieser Besitz unberechtigt ist. Doch besteht auch während der Vorerbschaftszeit zwischen dem Vorerben und dem Nacherben ein Rechtsverhältnis, und die Besitzberechtigung besteht wegen dieses Rechtsverhältnisses nur auf Zeit. Für die Zeit der Abwicklung wird der Vorerbe nicht deshalb plötzlich unberechtigter Besitzer, weil er seines Eigentums verlustig gegangen ist, sondern er bleibt berechtigt, bis das Rechtsverhältnis, das zwischen ihm und dem Nacherben besteht, endgültig beendet ist.³⁸⁹⁾ Diese Ansicht wird dadurch gestützt, daß auch die Haftung für das Herauszugebende, die Regelung der Nutzungen und die der Aufwendungen sich ausschließlich nach diesem Rechtsverhältnis richten. So ist auch hier der Vindikationsanspruch ausgeschlossen.³⁹⁰⁾

c) Beim Erbschaftsanspruch ist dies jedoch nicht der Fall. Hierbei kommt es wiederum nicht auf die Rechtsnatur dieses Anspruchs an.³⁹¹⁾ Diese ist streitig, der Erbschaftsanspruch³⁹²⁾ wird aber wohl ein einheitlicher Gesamtsanspruch³⁹³⁾ des wahren Erben gegen den Erbschaftsbesitzer sein, der etwas aus der Erbschaft auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts erlangt hat (§ 2018).³⁹⁴⁾ Es kommt also bei diesem Anspruch darauf an, daß jemand, ohne ein Recht zu haben, sich unter gut- oder bösgläubiger Berührung eines solchen in den Besitz eines oder mehrerer Sachen gesetzt hat. Der Erbschaftsbesitzer ist immer unberechtigter Besitzer. Das zwischen ihm und dem Erben und Eigentümer bestehende Rechtsverhältnis der §§ 2018 ff. schließt deshalb den Eigentumsanspruch nicht aus. Gegen den unberechtigten Besitzer sind beide Ansprüche gegeben.³⁹⁵⁾ Dies scheint auch § 2029 zu bestätigen. Doch ist es trotz § 2029 möglich, den Einzelanspruch des § 985 hinter den Anspruch nach § 2018 zurücktreten zu lassen. Ein solches Zurücktreten kann allerdings nur geschehen, wenn man eine Form der Gesetzeskonkurrenz annimmt.³⁹⁶⁾ Das wäre in der Weise denkbar, daß man unter § 2029 die Einzelansprüche im Rahmen des Erbschaftsanspruchs bringt, nicht die Einzelansprüche aus Eigentum, Besitz, Bereicherung, unerlaubter Handlung usw. Die Frage ist hier nicht näher zu unter-

³⁸⁹⁾ Vgl. Erman-Hense § 2130 Bem. 1.

Der Herausgabeanspruch wird auch in seinem Inhalt dadurch modifiziert, daß der Erbe für die Zeit der Vorerbschaft Erbe war und die Verwaltung des Nachlasses ordnungsgemäß zu führen hatte, ähnlich wie in § 591.

³⁹⁰⁾ Einer Untersuchung der Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs nach § 2130 bedarf es bei dieser Meinung nicht mehr. Allerdings besteht hier Streit. Zusammenstellung der älteren Literatur bei Herbst S. 43 A. 4, der sich für den obligatorischen Charakter des Anspruchs entscheidet. Vgl. auch Palandt-Keidel § 2130 Bem. 1 („kein rein schuldrechtlicher“); Kipp-Coing § 50 III 1 („erbrechtlicher Herausgabeanspruch besonderer Art“).

³⁹¹⁾ Zu dem Meinungsstreit, ob dinglich, persönlich, oder besonderer Art, Herbst S. 44 ff.; für obligatorisch: Hellwig Anspruch S. 46; Lent S. 247 ff.

³⁹²⁾ Vgl. die Ausführungen bei Hellwig Anspruch S. 47 ff.; Langheineken S. 148 f.

³⁹³⁾ Gesamtsanspruch nicht in dem Sinn, daß eine Gesamtheit geltend gemacht werden müßte, sondern daß auch der einzelne Gegenstand oder das einzelne Recht als Teil einer Gesamtheit, nicht als besonderer Gegenstand geltend gemacht wird.

³⁹⁴⁾ Erman-Bartholomeyczik § 2018 Vorbem. 1; vgl. Kipp-Coing § 105 I; RGZ 81, 152.

³⁹⁵⁾ Vgl. die Ausführungen bei Langheineken S. 162, die im wesentlichen § 2029 als Begründung heranzieht; Kipp zu Windscheid III § 612 S. 537; Crome V S. 546; Kipp-Coing § 105 I 3; Staudinger-Lehmann § 2029 Bem. C; Erman-Bartholomeyczik § 2018 Vorbem. 3; ausführlich Herbst S. 47 ff.

³⁹⁶⁾ Langheineken S. 162 liest aus § 2029 den Ausschluß unmittelbar heraus; die Ansprüche können nicht nebeneinander bestehen. Ebenso Siber Passivleg. S. 227 f.; Endemann III 2 § 115 III b 4 S. 1148.

suchen. Mit der hier dargelegten Ansicht allein könnte der Ausschluß jedenfalls nicht begründet werden. Vielmehr würde bezüglich des Einzelanspruchs die Lage so sein, wie sie oben für den Finder dargelegt wurde: der Einzelanspruch besteht zwar, aber alle Folge- und Nebenansprüche bestimmen sich ausnahmsweise und kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nach dem besonderen Verhältnis, das zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer besteht.

VII. KAPITEL

Folgerungen aus dem gefundenen Ergebnis

Zum Abschluß sollen noch einige Auswirkungen der hier vertretenen Auffassung erörtert werden.

1. Gleichbehandlung der Haupt- und Nebenansprüche

Ist der Anwendungsbereich der §§ 985 ff. auf den unrechtmäßigen Eigen- und Fremdbesitzer beschränkt, so hat sich auch für den Schadensersatzanspruch, den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen und den auf Ersatz der Verwendungen das Konkurrenzproblem in gleicher Weise vereinfacht.³⁹⁷⁾ Seine Lösung – auch hier Beschränkung auf den unrechtmäßigen Eigen- und Fremdbesitzer – wird nicht mehr allein durch Auslegung der einzelnen Gesetzesbestimmungen gewonnen (etwa die der §§ 990, 993) und befindet sich nicht im Gegensatz zur Auslegung der §§ 985, 986, sondern sie erhält erst ihre Berechtigung und ihren inneren Grund durch die Beschränkung der Anwendung auch des § 985. Damit ergibt sich ganz ohne Zwang die notwendige Einheitlichkeit bei Hauptanspruch und Nebenansprüchen. Es wird nicht mehr für den Schadensersatz wegen der Vereitelung des Herausgabeanspruchs eine andere Passivlegitimation gefordert als für den Anspruch selbst, noch steht dem Eigentümer gegen jemand der Vindikationsanspruch zu, der von ihm dann nicht die Aufwendungen an der Sache nach den §§ 994 ff. verlangen kann.

Andererseits wird durch die bereits von der herrschenden Meinung gefundene, oben dargelegte Auslegung die hier vertretene Auffassung nur bestätigt. Wenn die ganze Betrachtung der §§ 987 ff. darauf abzielt, daß diese nicht auf den rechtmäßigen Besitzer Anwendung finden, kann für § 985 nichts anderes gelten.

2. Keine Anwendung des Vindikationsanspruchs bei Überschreitung oder Beendigung des Besitzrechts

Es besteht aber auch nicht die Möglichkeit, die Anwendung der §§ 985 ff. auf den Nicht-so-Berechtigten und den Nicht-mehr-Berechtigten auszudehnen. Die hier versuchte Begründung des Ausschlusses des Eigentumsherausgabeanspruchs bei Bestehen einer Berechtigung läßt es nicht zu, bei Beendigung oder Überschreitung der Besitzberechtigung einen Vindikationsanspruch anzunehmen.

a) Lehnt die herrschende Meinung die Lehre vom Nicht-so-Berechtigten richtigerweise schon von ihrem Standpunkt aus ab, so muß dies vom hier dargelegten aus um so mehr gelten. Denn neben dem dort hauptsächlich angegebenen Grund, daß das Wesentliche, nämlich die Besitzberechtigung, ja bleibe und der Nicht-so-Berechtigte deshalb nicht als Nichtberechtigter bezeichnet

³⁹⁷⁾ Was die Frage anbelangt, ob die §§ 987 ff., was den unrechtmäßigen Besitzer betrifft, eine erschöpfende Sonderregelung darstellen oder ob daneben Delikts- und Kondiktionsrecht anwendbar bleibt, vgl. Baur § 11 II.

werden könne, tritt jetzt der Grund, daß der Eigentümer mit der Schaffung oder dem „Zulassen-Müssen“ der Besitzberechtigung eines anderen die Ausübung seines Eigentums dergestalt beschränkt hat, daß er einen Herausgabeanspruch wegen seines Eigentums nicht mehr hat. Damit kann er auf diesen auch dann nicht zurückgreifen, wenn der Besitzer sich nicht an die Vereinbarung hält, die er mit dem Eigentümer getroffen hat. Der Eigentümer erlangt dafür ausreichenden Schutz durch die Ansprüche, die ihm aus der Vertragsverletzung und gegebenenfalls aus unerlaubter Handlung erwachsen.³⁹⁸⁾

b) Die hier vertretene Grundauffassung setzt sich aber in Gegensatz zu der Lehre vom Nicht-mehr-Berechtigten. Wenn die vereinbarte Zeit der Besitzüberlassung abgelaufen ist, erlischt zwar die Besitzberechtigung, woraus die herrschende Meinung ableitet, daß nun der Besitzer Nicht-Berechtigter sei, und deshalb § 985 und die §§ 987 ff. voll zur Anwendung kämen. Es erlischt aber nicht – und das ist der entscheidende Punkt – das Schuldverhältnis, das die Besitzberechtigung gab. Es erlischt auch dann nicht, wenn es durch Ausübung eines vereinbarten oder nach den §§ 325, 326 gegebenen Rücktrittsrechts in ein Verhältnis nach den §§ 346 ff. umgewandelt wird.³⁹⁹⁾ Vielmehr bleibt es auch bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses bestehen; denn nicht die Besitzberechtigung als solche verändert die Rechtsstellung des Eigentümers, sondern das bestehende Verhältnis zwischen den Beteiligten, die Pflicht, die der Eigentümer sich selbst auferlegt hat, oder die ihm vom Gesetz auferlegt worden ist. Diese Pflicht ist über das Erlöschen des Besitzrechts hinaus von ihm zu beachten, er hat sich an die für die Abwicklung „seines“ Verhältnisses bestehenden Regeln zu halten und kann auf diesen bestehen. Es wäre auch nicht sinnvoll, daß das Gesetz vielerlei Abwicklungsregelungen setzt, wenn nicht jedes Verhältnis nach seinem ihm eigentümlichen Regeln beurteilt werden soll. Diese Begrenzung auf das jeweilige Verhältnis ist aber nur dadurch zu erreichen, daß die Rechtsstellung des Eigentümers auch für die Zeit der Abwicklung beschränkt wird. Die Beschränkung auch für diese Zeit ist schon daraus ersichtlich, daß der Eigentümer mit der Begründung des Schuldverhältnisses auch den aus ihm hervorgehenden Herausgabeanspruch erlangt, der wesentlich schon Abwicklung des Schuldverhältnisses ist.

3. Keine Ansprüche des berechtigten Werkunternehmers gegen den Eigentümer

Mit den notwendigen Einschränkungen des Vindikationsanspruchs ist auch leichter eindeutig zu der Frage Stellung zu beziehen, ob der Werkunternehmer oder sonstige Dritte, der eine dem Besteller nicht gehörige Sache repariert oder sonst Aufwendungen auf sie gemacht hat, neben dem vertraglichen (Werklohn-)

³⁹⁸⁾ Damit ist nichts über die Lehre vom Fremdbesitzerexzeß gesagt, wenn darunter die Überschreitung des vermeintlichen Besitzrechts des Unberechtigten verstanden wird. Hier können über den Gesetzeswortlaut hinaus §§ 823 ff. unmittelbar zur Anwendung kommen, wenn eine Notwendigkeit dafür besteht. Die Frage ist hier nicht zu untersuchen. Jedoch ist das Axiom, daß der berechnete Besitzer nicht schlechter gestellt werden dürfe als der unberechtigte, angreifbar, denn der unberechtigte Besitzer, der etwa auf die Gültigkeit eines nichtigen Vertrages vertraut hat, ist schutzbedürftiger als der berechnete, der den Vorteil einer langen Vertragsdauer hat, auf die er sich einrichten kann.

³⁹⁹⁾ Vgl. Raiser Eigentumsanspruch S. 140, § 11 I 2.

Anspruch gegen den Besteller zugleich gesetzliche Ersatzrechte gegen den Eigentümer nach §§ 994 ff. hat. Die Frage der Anwendung in diesem Fall ist sehr streitig. Sie ist von erheblicher Bedeutung, da heute sehr viele Vorbehaltskäufe, z. B. bei Kraftwagen, Baugeräten und Fernsehempfängern, getätigt werden. Es liegt eine Fülle von Stellungnahmen dazu vor. Dabei zeigt sich, daß man vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus, d. h. der Unanwendbarkeit der §§ 994 ff. gegenüber dem berechtigten Besitzer, zu der Frage, ob die §§ 994 ff. anzuwenden sind, wenn ein Rechtsverhältnis nur zwischen dem Besitzer und dem Dritten besteht, die verschiedensten Meinungen vertreten kann.

a) Das RG bejahte die Anwendbarkeit der §§ 994 ff.,⁴⁰⁰⁾ da es sich um eine unmittelbar auf dem Gesetz beruhende und unmittelbar gegen den Eigentümer gegebene schuldrechtliche Forderung handle, die, da zwischen Eigentümer und Werkunternehmer keine sonstige Regelung bestehe, nicht verdrängt werden könne. Dieser Meinung des Reichsgerichts, die die Frage der Besitzberechtigung überhaupt außer acht läßt, hat sich die Rechtsprechung der Instanzengerichte auch nach 1945 zumeist ohne eigene Begründung angeschlossen.⁴⁰¹⁾

Im Schrifttum wird die Anwendbarkeit der §§ 994 ff. ebenfalls überwiegend bejaht.⁴⁰²⁾ Jedoch mehren sich die Gegenstimmen.⁴⁰³⁾ Der BGH hat sich zunächst dieser Gegenmeinung für den Fall angeschlossen, daß der Werkunternehmer die Sache bereits an den Besteller herausgegeben hatte.⁴⁰⁴⁾ Er begründete dies damit, daß, wer auf Grund Vertrages rechtmäßig besitzt, gegen seinen Vertragsgegner nicht den Schutz der §§ 994 ff. beanspruchen könne. Rechtmäßig besitze aber nicht nur der Mieter, Pächter, Entleiher usw., sondern auch der Fremdbesitzer, dem die Sache erlaubtermaßen weitergegeben wurde. Daß diese vom BGH vollzogene Schwenkung jedoch nicht auf grundsätzlichen Überlegungen beruhte, zeigte seine einige Jahre später erlassene Entscheidung,⁴⁰⁵⁾ in der der Werkunternehmer nach Beendigung der Besitzrechtsstellung des Bestellers wie dieser als unrechtmäßiger Besitzer bezeichnet wird, dem somit die Ansprüche nach den §§ 994 ff. zuständen, sogar für Verwendungen, die während der Besitzberechtigung vorgenommen wurden.

b) Zu diesem dogmatisch und wirtschaftlich unbefriedigendem Ergebnis kann man nicht kommen, wenn man sich auf den Standpunkt Raisers stellt, der im wesentlichen auch hier vertreten wird und der gerade auch im Hinblick auf die

⁴⁰⁰⁾ RG Gruch. 57 S. 99 Nr. 74; RGZ 142, 417, 421 f.; RG SeuffArchiv 88 Nr. 60.

⁴⁰¹⁾ So OLG Celle in NJW 53, 1470, 1472 1. Sp.; OLG Hamm MDR 56, 100; OLG Köln NJW 57, 224 mit der ablehnenden Anmerkung von Hoche S. 486; LG Duisburg MDR 56, 33 1. Sp.; LG Bonn NJW 56, 225 1. Sp. mit zustimmender Anmerkung von Rogge aaO. Anderer Ansicht aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus ist LG Tübingen NJW 57, 467.

⁴⁰²⁾ Vgl. BGB-RGRK § 994 Bem. 2; Staudinger-Berg § 994 Bem. 2; Schlegelberger-Vogels §§ 994 bis 1003 Vorbem. 2; Wolff-Raiser § 86 I 1 Anm. 6; Westermann § 33 I 5 b; Grasmann MDR 53, 199, 201; Rogge NJW 56, 225; Hassinger NJW 57, 1268; v. Caemmerer S. 365 als Ersatz für die gemeinrechtliche Versionsklage, mit der die Auffassung des RG zusammenhänge; Soergel-Butteweg § 994 Bem. 1; Larenz § 49, Anm. 4.

⁴⁰³⁾ Münzel MDR 52, 643; Hoche NJW 57, 486; Palandt-Hoche §§ 994 bis 1003 Vorbem. 1; Klüpfel NJW 56, 1626; Müller Horst S. 179 ff.; Imlau MDR 57, 263 ff.; Gürich JZ 57, 429; Kraft NJW 63, 741; Frohn AcP 161, 31 f.

⁴⁰⁴⁾ BGHZ 27, 317; ihm folgend LG München I NJW 60, 44; vorher schwankte die Meinung des BGH, vgl. BGH MDR 56, 596 mit Anm. v. Reinicke.

⁴⁰⁵⁾ BGHZ 34, 122, 129.

Verwendungsansprüche des Werkunternehmers eingenommen wurde.⁴⁰⁶⁾ Nicht der aus dem Wortlaut des Gesetzes oder aus Zweckmäßigkeitsgründen gefolgerte Ausschluß der §§ 987 ff. und §§ 994 ff. bei Vorliegen einer Besitzberechtigung genügt, um festzustellen, wann ein Dritter neben dem Anspruch gegen den Besteller Ansprüche aus den §§ 994 ff. hat und wann nicht; denn es wird dabei nicht deutlich, warum und wann dieser Dritte berechtigter Besitzer ist. Aus den §§ 1000 und 1001 ist ersichtlich, daß die §§ 994 ff. in engem Zusammenhang mit dem Eigentumsherausgabeansprüchen stehen; sie können nur eingreifen, wenn dieser Anspruch ebenfalls gegeben ist. Ist nun der Vindikationsanspruch dem rechtmäßigen Besitzer gegenüber überhaupt nicht gegeben, kann sich die Frage nach der Anwendung der §§ 994 ff. beim Besitzrecht des Werkunternehmers gar nicht stellen.

c) Zu prüfen ist daher nur, ob und wann der Werkunternehmer berechtigter oder unberechtigter Besitzer ist.

Die Vindikation ist, wie die Auslegung des § 986 zeigt, auch gegen einen entfernten Fremdbesitzer, der sein Recht vom Oberbesitzer ableitet, ausgeschlossen. Der Eigentümer kann, wenn er dem mittelbaren Besitzer gegenüber seine Rechte beschränkt hat, auch nicht gegen den unmittelbaren Besitzer vindizieren, dem der mittelbare Besitzer die Sache berechtigterweise überlassen hat.⁴⁰⁷⁾ Dem Eigentümer kommt hier andererseits die Beschränkung seiner Stellung zugute; es können gegen ihn in seiner Eigenschaft als Eigentümer keine Ansprüche aus Verwendungen des berechtigten Besitzers und derer, denen dieser sein Besitzrecht weitergegeben hat, geltend gemacht werden. Die §§ 994 ff. sind in ihrer Anwendung beschränkt, weil § 985 in seiner Anwendung beschränkt ist.⁴⁰⁸⁾ Westermann⁴⁰⁹⁾ meint dagegen, daß die Bedeutung der Rechtmäßigkeit des Besitzes beim Verwendungsersatz nicht ebenso groß sein dürfe wie beim Schadensersatz und den Nutzungen. Er führt aus, daß das zum Besitz des mittelbaren Besitzers berechtigende Verhältnis nicht darüber entscheiden könne, ob der unmittelbare Besitzer im Verhältnis zum Eigentümer die Aufwendungen mit oder ohne Anspruch auf Ersatz aus den §§ 994 ff. gemacht hat. Dagegen ist aber nochmals zu betonen, daß die gesetzliche Regelung eine verschiedene systematische Behandlung der Nebenansprüche oder der einzelnen Besitzberechtigten schwerlich zuläßt. So läßt sie erkennen, daß sich, je mehr sich die Haftung für Schadensersatz und für die Nutzungen verschärft, die Gegenrechte wegen der Verwendungen verringern. Alle Nebenansprüche müssen daher gleichen Bedingungen unterworfen sein.⁴¹⁰⁾ Alle hängen sie von der Zulässigkeit der Vindikation ab. Eine Differenzierung allein aus der Interessenlage ist demgegenüber nicht möglich.⁴¹¹⁾ Sie ist auch nicht nötig; denn die vom BGB getroffene Regelung und ihre Auslegung hinsichtlich der Anwendung auf berechtigte und unberechtigte Besitzer enthält bereits eine Wertung der In-

⁴⁰⁶⁾ Raiser JZ 58, 681 ff.

⁴⁰⁷⁾ Vgl. dazu Raiser JZ 58, 683.

⁴⁰⁸⁾ Vgl. Mühl bei Soergel § 994 Vorbem. 4; BGB-RGRK § 994 Bem. 10, der die Auffassung von BGHZ 27, 317 als zu eng ansieht, über den Standpunkt Raisers referiert und die Lösung von dort aus wohl als richtig ansieht.

⁴⁰⁹⁾ Westermann § 33 I 3.

⁴¹⁰⁾ Vgl. Siber JhJ 89 S. 101; Soergel-Mühl § 994 Vorbem. 6.

⁴¹¹⁾ Eine Lösung von der Interessenlage her strebt vor allem Müller Horst S. 181 ff. an, dessen Gedanken zwar richtig, aber für die Findung eines Ergebnisses nur bedingt brauchbar sind.

teressen. Ein Interesse an der Vindikation wird nur dem Eigentümer zugestanden, der den Besitz unfreiwillig verloren hat; nur der Besitzer, gegenüber dem die Vindikation geltend gemacht werden kann, hat aber ein gerechtfertigtes Interesse an dem nicht aus besonderen Besitzmittlungsverhältnissen abzuleitenden Ersatz seiner Aufwendungen.

d) Nach der hier vertretenen Meinung kommt es weiter nicht darauf an, ob die Zeit der Berechtigung des Besitzes abgelaufen ist. Der Eigentumsherausgabeanspruch ist, wie dargelegt, auch dann nicht gegeben; denn der berechtigte Besitzer wird mit Ablauf oder einer sonstigen Beendigung des besitzberechtigten Schuldverhältnisses nicht von selbst („ipso iure“) „unrechtmäßiger“ Besitzer. Es tritt kein rechtloser Zustand ein, in dem die §§ 994 ff. die ordnende Regelung zu bilden hätten.⁴¹²⁾ Sonst brauchte der Werkunternehmer nur auf diese Beendigung zu warten, um seine nicht-befriedigten Ansprüche nun gegen den Eigentümer geltend zu machen. Es bleiben vielmehr der Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Mieter, des Vorbehaltskäufers gegen den Vorbehaltskäufer usw. und die gerade auch für die Beendigung des Verhältnisses geschaffene Regelung der Verwendungsansprüche in den einzelnen Schuldverhältnissen. Vermag z. B. der Mieter dem Herausgabeverlangen aus dem Mietvertrag nicht nachzukommen, hat er den Herausgabeanspruch, den er seinerseits gegen den Werkunternehmer hat, abzutreten. Gegen diesen nun vom Eigentümer geltend gemachten Herausgabeanspruch hat der Werkunternehmer die ihm zustehenden Einwendungen und Einreden (§ 404), er kann auf diesem Wege zur Befriedigung seiner Ansprüche kommen. Die §§ 994 ff. finden jedenfalls keine Anwendung.⁴¹³⁾ Es kommt auch nicht darauf an, ob der Werkunternehmer noch im Besitz der Sache ist oder ob der Eigentümer sie irgendwie wieder zurückerlangt hat; denn die Tatsache der Rückgabe durch den Besitzer bzw. der Wiedererlangung durch den Eigentümer kann für den früheren, rechtmäßigen Besitzer, der gar keiner Vindikation ausgesetzt war, nicht die Bedingungen des § 1001 schaffen.⁴¹⁴⁾ Dieser bleibt auf seinen vertraglichen Werklohnanspruch gegen den Besteller beschränkt.

e) Nur dem unberechtigtweise besitzenden Werkunternehmer stehen also Ansprüche aus den §§ 994 ff. zu. Dabei sind noch mehrere Fälle denkbar. Einmal ist es möglich, daß das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von Anfang an nicht besteht oder rückwirkend wieder entfällt, und der Werkunternehmer sich nicht auf ein gutgläubig erworbenes Pfandrecht stützen kann,⁴¹⁵⁾

⁴¹²⁾ Vgl. Raiser JZ 58, 684.

⁴¹³⁾ Womit sich die Meinung des BGH im BGHZ 34, 122, 127 ff. als nicht richtig erweist; dieser widerspricht allerdings zunächst der Meinung Raisers von der Notwendigkeit einer Ablehnung des Herausgabeanspruchs ausdrücklich.

⁴¹⁴⁾ Raiser JZ 58, 683 r. Sp.

⁴¹⁵⁾ Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des Unternehmerpfandrechts wird überwiegend bejaht, Staudinger-Kober § 1257 Bem. 2; BGB-RGRK § 1257 Bem. 2; Soergel-Erdsiek-Mühl § 647 Bem. 4, § 1257 Bem. 2; Palandt-Hoche § 1257 Bem. 2; Palandt-Gramm § 647 Bem. 2; Achilles-Greif § 647 Bem. 4, § 1257 Bem. 3; Wolff-Raiser § 163 III 2; Westermann § 133 I, O. v. Gierke DPR II § 170 III S. 677 Anm. 30; J. v. Gierke § 58 V 2; Heck § 106 III S. 430; Staub-Gadow HGB § 366 Bem. 60; HGB-RGRK § 366 Bem. 60; Düringer-Hachenburg §§ 366, 367 Vorbem. 48; Schlegelberger HGB § 366 Bem. 31; Baumbach-Duden § 366 Bem. 4; Grassmann MDR 53, 199, 200 f.; Hassinger NJW 57, 1764 f.; OLG Celle NJW 53, 1470. Sie ist aber mit den Gründen, die Raiser in JZ 58, 686 I. Sp. gibt, abzulehnen. Ebenfalls ablehnend BGB-RGRK § 647 Bem. 4; Planck-Brodmann § 1257 Bem. 3 a; Münzel MDR 52, 643; RGZ 108, 163, 165; BGHZ 34, 153.

das ihm ebenfalls ein Besitzrecht geben würde. Hier ist der Unternehmer der Vindikation ausgesetzt, da gegen seinen Oberbesitzer ebenfalls der Eigentums-herausgabeanspruch gegeben ist.⁴¹⁶⁾ Zum anderen ist der Werkunternehmer einer beschränkten Vindikation ausgesetzt, wenn das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besteller zwar gültig, aber dem Besteller die Weitergabe der Sache überhaupt nicht oder gerade an diesen Unternehmer nicht gestattet war (§ 986 Abs. 1 S. 2).⁴¹⁷⁾ Es ist dann jedenfalls ein Eigentums herausgabeanspruch gegen den Unternehmer gegeben, mag er sich auch nur darauf richten, daß der Besitz an den berechtigten Besitzer herauszugeben ist. Diese Herausgabe erfolgt ja nicht auf Grund des Schuldverhältnisses zwischen Besteller und Unternehmer, sondern auf Grund des Anspruchs des Eigentümers. Macht der Eigentümer diesen Anspruch geltend, mag er auch die Gegenforderung befriedigen.

Als dritter Fall bietet sich an, daß das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besteller wiederum gültig, letzterer auch zur Weitergabe befugt ist, aber das Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer nichtig ist. Die Anwendung der §§ 994 ff. wird von Raiser⁴¹⁸⁾ auch in diesem Falle bejaht.⁴¹⁹⁾ Dagegen wendet sich Schönfeld,⁴²⁰⁾ der zunächst die unbefriedigende Behandlung der Interessenlage in einem solchen Fall aufzeigt⁴²¹⁾ und sich dann um eine konstruktive Begründung bemüht. Er meint, daß es über den Wortlaut des § 986 Abs. 1 S. 1 2. Alt. hinaus auf die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer nicht ankomme.⁴²²⁾ Da § 986 Abs. 1 S. 1 auf § 868 verweise, dort aber jedes tatsächliche Besitzmittlungsverhältnis genüge, müsse dieses auch für § 986 Abs. 1 S. 1 2. Alt. genügen. Wenn und solange der „Unternehmer“ noch für den „Besteller“ besitzen wolle, könne der Eigentümer nicht vindizieren. Die Meinung Schönfelds geht aber zu weit,⁴²³⁾ sie muß differenziert werden. Zwar braucht das dem Besitzmittlungsverhältnis zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht unbedingt rechtsgültig zu sein. Es genügt ein vermeintliches Rechtsverhältnis⁴²⁴⁾ oder ein Rechtsverhältnis, das die Parteien als rechtsgültig ansehen und nach dem sie sich richten, obwohl es nichtig ist.⁴²⁵⁾ Wenn allerdings die Unwirksamkeit auf mangelnder Willensübereinstimmung beruht oder es an der Vertretungsmacht oder nachträglichen Genehmigung mangelt, dann ist gar keine Beziehung zwischen den Parteien des Besitzmittlungsverhältnisses zustande gekommen. Damit fehlt es an einer ausreichenden

⁴¹⁶⁾ Raiser JZ 58, 683 r. Sp.; Schönfeld JZ 59, 301 I. Sp.

⁴¹⁷⁾ Raiser JZ 58, 683 r. Sp.; Schönfeld JZ 59, 301 I. Sp.

⁴¹⁸⁾ Raiser JZ 58, 683 r. Sp.

⁴¹⁹⁾ Ebenso Donau NJW 58, 2051; Soergel-Mühl § 994 Vorbem. 4.

⁴²⁰⁾ Schönfeld JZ 59, 303 ff.

⁴²¹⁾ Schönfeld JZ 59, 301 r. Sp.

⁴²²⁾ Schönfeld JZ 59, 302 f.

⁴²³⁾ Mühl bei Soergel § 994 Vorbem.

⁴²⁴⁾ Planck-Brodmann § 868 Bem. 3; Biermann § 868 Bem. 2 d; Rosenberg Sachenrecht § 868 Bem. II c; Staudinger-Seufert § 868 Bem. 11; Achilles-Greif § 868 Bem. 9; Erman-Westermann § 868 Bem. 8; Lent SachRcht § 5 II a. E.; Westermann § 17 5 d; Wolff-Raiser § 8 I 2; Last JhJ 63, 134; Windscheid-Kipp I S. 796; KG OLG 18, 240; ein rechtsgültiges Verhältnis verlangen Endemann II § 37 Nr. 3 b; Kreß S. 204; Wendt AcP 87, 45; Müller-Erzbach AcP 142, 51.

⁴²⁵⁾ Daher ändert sich, anders wie Donau NJW 58, 2051 meint, auch durch eine (nur in den seltensten Fällen mögliche) Anfechtung nichts. Als die Aufwendungen gemacht wurden, sahen die Parteien den Vertrag als gültig an, und zwischen ihnen bestand ein Besitzmittlungsverhältnis (vgl. dazu Schönfeld JZ 59, 304). Donau will allerdings die §§ 987 ff. nur entsprechend anwenden.

Grundlage für die Besitzmittlung in diesen Fällen.⁴²⁶⁾ Bei den ersteren Fällen muß zu dem Besitzmittlungswillen noch ein Herausgabeanspruch irgendwelcher Art treten,⁴²⁷⁾ bei den letzteren kommt es auf diese Frage gar nicht mehr an. Der Eigentümer wird bei den „Putativverhältnissen“ nicht vindizieren können,⁴²⁸⁾ sie ersetzen das Besitzmittlungsverhältnis und geben ein Besitzrecht.⁴²⁹⁾ In den anderen Fällen aber kann der Eigentümer vindizieren. Es entscheidet über die Vindikation also nicht nur die Besitzberechtigung im ersten Glied der Kette, sondern nach der Entscheidung des Gesetzes in gewissen Fällen auch die im zweiten Glied. Vom Eigentümer her gesehen, hat dieser sein Eigentum nicht allgemein beschränkt, sondern konkret dann, wenn ein Dritter demjenigen gegenüber zum Besitz berechtigt ist, dem gegenüber er sein Eigentum beschränkt hat. Die Folgen sind in diesem Falle auch nicht so bedenklich, wie Schönfeld meint. Die Ersatzansprüche gegen den Eigentümer können nur dann geltend gemacht werden, wenn dieser wirklich zur Vindikation greift, die er oft nur so ausüben kann, daß er Herausgabe an den Besteller verlangt. Das wird er nur dann tun, wenn er am Schicksal der Sache wirtschaftliches Interesse hat. Erfüllt der Besteller den Vertrag, den er mit dem Eigentümer geschlossen hat, und glaubt dieser, daß der Besteller gegebenenfalls seiner Rückgabepflicht wird genügen können, wird er keinen Grund haben, einzugreifen. Hat er aber Interesse an der Sache, mag er auch die Kosten der Aufwendungen, die auf die Sache gemacht wurden, tragen.⁴³⁰⁾

⁴²⁶⁾ Diese Meinung vertreten ausdrücklich Soergel-Rothe § 868 Bem. 10; BGB-RGRK (Kregel) § 868 Bem. 8; Staudinger-Seufert § 868 Bem. 11 unter f a.E.; Wendt AcP 142, 51; Mengelkoch JhJ 76, 113 ff.; Palandt-Hoche § 868 Bem. 2 a dd; Eichler Institutionen II S. 18 f.; RGZ 86, 265; 98, 131.

⁴²⁷⁾ Das Vorhandensein eines solchen wird richtigerweise bejaht von Last JhJ 63 S. 134; Krell S. 202; Windscheid-Kipp I S. 796; Wolff-Raiser § 8 I 2; Erman-Westermann § 868 Bem. 8 a.E.; Staudinger-Seufert § 868 Bem. 11 unter 2 f.; dagegen Planck-Brodmann § 868 Bem. 3.

⁴²⁸⁾ Die vom BGH (NJW 55, 340 ff.) in Ausnahmefällen angenommene analoge Anwendung der §§ 985 ff. in diesen Fällen ist wirklich auf die extremen Ausnahmen zu beschränken. Analoge Anwendungen schaden immer der Systematik.

⁴²⁹⁾ Und es ist immer auch ein Herausgabeanspruch gegeben.

⁴³⁰⁾ Zur Höhe des Anspruchs, wenn beide Ansprüche in Frage stehen, vgl. Raiser JZ 58, 684 f.

Schlußbemerkung

Ziel der Arbeit war es, zu untersuchen, wie man bei den Herausgabeansprüchen und beim Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu befriedigenderen Ergebnissen gelangen kann. Das Ergebnis ist, daß dies nur auf dem Weg über eine Beschränkung der Eigentümerstellung möglich ist. Zugleich wurde gefunden, daß eine solche Beschränkung auch bei der heutigen Auffassung vom Eigentum unumgänglich ist. Die deutsche Rechtsdogmatik wird sich über kurz oder lang mehr als bisher in einer Auseinandersetzung mit den ausländischen Rechten sehen; denn die Verflechtung der europäischen Wirtschaft als Folge der Wirtschaftsgemeinschaften und die verstärkte Zusammenarbeit der verschiedenen Staaten werden immer mehr zu Versuchen führen, die Rechte zu koordinieren oder eine gemeinsame Regelung zu schaffen. Erst dann aber, wenn die wesentlichen Fragen voll geklärt sind, kann beurteilt werden, was von unseren Regelungen beibehalten werden soll und was einer besseren und sinnvolleren Ordnung geopfert werden kann.⁴³¹⁾ Nicht zuletzt werden hier die Fragen um das Eigentum, einmal die seines Erwerbs, zum anderen die seines Umfangs und Inhalts, von besonderer Bedeutung sein.

⁴³¹⁾ Andere Rechtsordnungen haben bereits klarere Grundsätze gefunden. So ist z. B. beim Herausgabeanspruch des Eigentümers in der Schweiz überhaupt nicht mehr strittig, daß dieser bei Bestehen eines persönlichen Herausgabeanspruchs auch nach Beendigung des Schuldverhältnisses nicht geltend gemacht werden kann, vgl. Homberger im Kommentar zum ZGB Art. 938 bezüglich der Nebenansprüche. Vgl. a. die Untersuchungen von Rudolph S. 17 ff. zur Bindung des Eigentums im anglo-amerikanischen Recht.

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

Achilles-Greif	Achilles-Greif, BGB unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes v. 18. 6. 1957 mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Kommentar), 20. Aufl. Berlin 1958
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (1.1818 – 149.1944, 150.1948/49 ff.)
Anschütz WRV	Anschütz Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. Berlin 1932
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (1.1886 ff.)
ArchBürgR	Archiv des bürgerlichen Rechts (1.1888 – 43.1919)
Baumbach-Duden	Baumbach Adolf, Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, fortgeführt von Duden Konrad, 15. Aufl. München und Berlin 1962
Baumbach-Lauterbach	Baumbach Adolf, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, fortgeführt von Lauterbach Wolfgang, 27. Aufl. München und Berlin 1963
Baumgarten	Baumgarten Arthur, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 103, Breslau 1909
Baur	Baur Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960
Baur AcP	Baur Fritz, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, – Zugleich ein Beitrag zum Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiete des Güterschutzes –, in AcP 160 S. 465
Baur JZ	Baur Fritz, Dulckeit Gerhard: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte usw. (Buchbesprechung), in JZ 1952 S. 281
BB	Der Betriebsberater (1.1946 ff.)
Beck	Beck Otto, Das Verhältnis des § 958 zum § 1007 BGB. bei der Verfolgung beweglicher Sachen, Diss. Heidelberg 1908
Beitzke	Beitzke Günther, Anmerkung zum Urteil des OGH vom 2. 12. 1948, in MDR 1949 S. 162
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1959

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (1.1951 ff.)
Binding	Binding Karl, Handbuch des Strafrechts, I. Band, Leipzig 1885
Bierling	Bierling Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, I. Band, Neudruck der Auflage von 1894–1917, Aalen 1961
Biermann	Biermann Johannes, Bürgerliches Gesetzbuch III. Buch: Sachenrecht (Kommentar), 3. Aufl. Berlin 1914
Biermann I	Biermann Johannes, Bürgerliches Recht I. Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Mitarbeiter Abraham, Dennewitz, Wernicke u. a. Loseblattkommentar, Stand bis 18. 10. 1956
Blomeyer	Blomeyer Arwed, Die Entwicklung des Zivilrechts in der Sowjetischen Besatzungszone, in Bonner Berichte aus Mittel- und Ostdeutschland: Die Justiz in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands von Rosenthal, Lange, Blomeyer, 4. Aufl. Berlin 1959
Boehmer	Boehmer Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, I. Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, II. Buch: 1. Abt.: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 2. Abt.: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1950/51/52
Boehmer Einführung	Boehmer Gustav, Einführung in das bürgerliche Recht, Tübingen 1954
Bötticher	Bötticher Eduard, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, in Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, S. 90 ff., München und Berlin 1949
Brodmann	siehe Planck-Brodmann
Bunsen	Bunsen Friedrich, Der Schutz des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuche, in Bernhöft und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Heft, Leipzig 1905
von Caemmerer	Caemmerer Ernst von, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Tübingen 1954 S. 333
Cosack	Cosack Konrad und Mitteis Heinrich, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeine Lehren, Schuldrecht, Band II: Sachenrecht, Recht der Wertpapiere, Gemeinschaftsrecht, Familienrecht, Erbrecht, 7./8. Aufl. Jena 1924/27

Crome	Crome Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I: Einleitung und Allg. Teil, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Band III: Rechte an Sachen und Rechten, Band IV: Immaterialgüter-, Familienrecht, Band V: Erbrecht, Tübingen und Leipzig 1900/02/05/08/12
Cyrullius	Cyrullius Willy, Das Problem der Gesetzeskonkurrenz bei Verletzung des Eigentums- und des Eigentums herausgabeanspruchs (§§ 823 ff. zu §§ 987 ff. BGB), Diss. Königsberg 1937
Danzmann	Danzmann Herbert, Das Verhältnis der Schadensersatzansprüche aus dem Eigentum (§§ 989 ff. BGB) zu den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung, Diss. Göttingen o. J. (1930)
Darmstaedter	Darmstaedter Friedrich, Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, in AcP 151 S. 311
Degener	Degener Elmar, Der Begriff der Verwendungen und Aufwendungen im BGB, Diss. Köln 1936
Dernburg	Dernburg Heinrich, Pandekten, Band I: Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 4. Aufl. Berlin 1894
Dernburg BR	Dernburg Heinrich, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band III: Das Sachenrecht, 4. Aufl. Halle a. S. 1908
Dietz	Dietz Rolf, Anspruchskonkurrenz bei Vertrag und Delikt, Bonn 1934
Dietz Problem	Dietz Rolf, Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, in Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, hrsg. von Hans Dölle, Sonderveröffentlichung von Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, S. 181 ff., Berlin und Tübingen 1962
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (33.1933 – 44.1944, 1950 ff.)
Donau NJW 1958	Donau Helmut, Rechte des Werkunternehmers gegen den Sicherungseigentümer, in NJW 1958 S. 2051
Donau NJW 1961	Donau Helmut, Der Verwendungsanspruch des Werkunternehmers, in NJW 1961 S. 10 ff.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (1.1909 – 27.1935, 28.1950 ff.)
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft (1.1936 – 8.1943)
Dulckeit	Dulckeit Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 158/159, Tübingen 1951
Dürig	Dürig Günter, Das Eigentum als Menschenrecht, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 109 S. 326 ff., Tübingen 1953

Düringer-Hachenburg	Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschuß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Kommentar), 3. Aufl. Mannheim/Berlin/Leipzig 1930/32/34
Ebbecke	Ebbecke o. V., Zum Begriff des Anspruchs im Sinne der Verjährungsvorschriften, in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 11. Jahrgang Spalte 833 ff., Leipzig 1917
Ede	Ede Günter, Die Haftung des Fremdbesitzers nach den Vorschriften der §§ 989 ff. und 823 BGB, Diss. Erlangen 1934
Eichler	Eichler Hermann, Institutionen des Sachenrechts, Band I: Allgemeiner Teil, Grundlagen des Sachenrechts, Band II; 1. Hbd.: Eigentum und Besitz, 2. Hbd.: Die dinglichen Rechte, Berlin 1954/57/60
Eichler Wandlungen	Eichler Hermann, Wandlungen des Eigentumsbegriffs in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, Weimar 1938
Eigentum und Eigentümer	Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung, Veröffentlichung der Walter-Raymond-Stiftung, Band I, Köln 1960, mit u. a. den Beiträgen von Gundlach Gustav, Privateigentum und seine soziale Pflichtigkeit, S. 19 ff., Nell-Breuning Oswald, Der Lohn als Erwerbsmittel und Eigentumsquelle, S. 51 ff., Wendland Heinz Dieter, Eigentum und Gesellschaftslehre im Lichte der evangelischen Soziallehre, S. 148 ff., Geiger Willi, Eigentumsgarantie des Art. 14 (Grundgesetz) und ihre Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat, S. 185 ff.
Eisele	Eisele o. V., Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, in AcP 79, S. 327 ff.
Endemann	Endemann F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Band I und II, 1. 8. und 9. Aufl. Berlin 1903/05
Enneccerus-Lehmann	Enneccerus Ludwig, Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung von Lehmann Heinrich, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Enneccerus Ludwig, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 15. Auflage von Nipperdey Hans Karl, 2 Halbbände, Tübingen 1959/60
Erman-Bearbeiter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Erman Walter, 2 Bände, 3. Aufl. Münster 1962
Esser	Esser Josef, Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. Karlsruhe 1960
Falck	Falck Bernhard, Das Geld und seine Sonderstellung im Sachenrecht, in Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß (hrsg. v. R. Bruns) Heft 9, Stuttgart 1960

Fischer	Fischer Otto, Recht und Rechtsschutz, Eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Zivilprozeß in der Beziehung auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889
Florey	Florey Georg, Die Verwendungsansprüche des Besitzers nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Leipzig 1904
Förster-Eccius	Förster Franz, Preußisches Privatrecht, bearbeitet von Eccius M. E., Band I, 7. Aufl. Berlin 1896
Friedenthal	Friedenthal Felix, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß für das Deutsche Reich (hrsg. v. O. Fischer) Band 1, Heft 5, Jena 1898
Friedrich	Friedrich Aloys, Die Bedeutung der zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz in materieller und prozessualer Hinsicht, Diss. Münster 1920
Frohn	Frohn Peter, Kein gutgläubiger Erwerb des Werkunternehmerpfandrechts? in AcP 161 S. 31 ff.
Fuchs	Fuchs Eugen, Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917
Gebhard	Gebhard Ludwig, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, München/Berlin/Leipzig 1932
J. v. Gierke	Gierke Julius von, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt a. M. 1959
Gierke	Gierke Otto, Deutsches Privatrecht, II. Band Sachenrecht, Leipzig 1905
Gierke Entwurf	Gierke Otto, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889
Gierke Fahrnisbesitz	Gierke Otto, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897
Gierke Soziale Aufgabe	Gierke Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, Neudruck Frankfurt 1960
Giese	Giese Friedrich, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 1., 2. und 4. Aufl. Frankfurt a. M. 1949/51/55
Giese DRiZ	Giese Friedrich, Enteignung durch Kollektivakt, Staatsrechtliche Bemerkungen zur neuesten Rechtsprechung, in Deutsche Richterzeitung (Organ des Deutschen Richterbundes) 1951 S. 192
Giese WRV	Giese Friedrich, Die Reichsverfassung vom 11. 8. 1919, 7. Aufl. Berlin 1925

Gisevius	Gisevius Hans Bernd, Der Verwendungsanspruch des Besitzers, Diss. Marburg 1924
Grasmann	Grasmann Otto, Die Rechte des Werkunternehmers gegenüber dem Sicherungseigentümer aus der Instandsetzung von Kraftfahrzeugen, in MDR 1953 S. 199
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot (1.1857 – 73.1933)
Gürich	Gürich Hans-Peter, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, in JZ 1957 S. 429
Habscheid	Habscheid J. Walter, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956
Hamann	Hamann Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl. Berlin 1961
Hassinger	Hassinger A., Verwendungsanspruch des Werkunternehmers gegenüber dem Sicherungseigentümer, in NJW 1957 S. 1268
Heck	Heck Philipp, Grundriß des Sachenrechts, mit Exkursen, S. 485 ff., Tübingen 1930
Hedemann Eigentum	Hedemann Justus Wilhelm, Recht des Eigentums und der Sachgüter, in Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, II. Band, Gruppe 2, Beitrag 34 (Loseblattsammlung), Berlin und Wien
Hedemann DNotZ	Hedemann Justus Wilhelm, Das Eigentum im Wandel, in DNotZ 1952 S. 6
Hellwig Anspruch	Hellwig Konrad, Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reichs (hrsg. v. O. Fischer) 5. Bd. 1900 1. Heft
Hellwig Lehrb.	Hellwig Konrad, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 3 Bände, Leipzig 1903/07/08/09
Hellwig System	Hellwig Konrad, System des Deutschen Civilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912
Herbst	Herbst Fritz, Konkurrenz des Anspruchs aus § 985 BGB mit Ansprüchen aus anderem Rechtsgrund, Ein Beitrag zum Problem der Anspruchskonkurrenz, Diss. Göttingen 1930
HGB-RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, III. und IV. Band, 2. Aufl. Berlin 1961/63
Hirsch	Hirsch Hans Christoph, Die Übertragung der Rechtsausübung, Vervielfältigung der Rechte, Erster Teil, Berlin 1910

Hirschberg	Hirschberg Rudolf, Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, in ZStW 53 (1933) S. 34 ff.
Hoche	Hoche Ulrich, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19. 9. 1956, in NJW 1957 S. 468
Hölder AcP	Hölder Eduard, Über Ansprüche und Einreden, in AcP 93 S. 1 ff.
Hölder Komm.	Hölder Eduard, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst Einleitung, München 1900
Holstein	Holstein Günther, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921
Horstmann	Horstmann Horst, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, in Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht (hrsg. v. J. v. Gierke, Krause, Kunkel, Ulmer, Wahl), 13. Heft Stuttgart 1938
Huber	Huber Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bände, 2. Aufl. Tübingen 1953/54
Imlau	Imlau Erich, Der Verwendungsanspruch des unrechtmäßigen Fremdbesitzers gegen den Eigentümer, in MDR 1957 S. 263
Jhering	Jhering Rudolph von, Der Zweck im Recht, 2 Bände, Leipzig 1877, 4. Aufl. 1904/05
JhJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts = ab Folge II 1 (37. d. Gesamtreihe) Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (1.1857 – 90.1952 [= II 54])
Jörs-Kunkel-Wenger	Römisches Recht: Römisches Privatrecht auf Grund des Werkes von Paul Jörs neu bearbeitet von Wolfgang Kunkel mit Abriss des Römischen Zivilprozessrechts von Leopold Wenger, 3. Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949
JR	Juristische Rundschau (12.1949 ff.)
JW	Juristische Wochenschrift (1.1872 – 68.1939)
JZ	Juristen-Zeitung (6.1951 ff.)
Kaser AcP	Kaser Max, Das Geld im Sachenrecht, in AcP 143 S. 1 ff.
Kaser RPrR	Kaser Max, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1955
KG	Kammergericht

Killig	Killig Rudolf, Eigentumserwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, insbesondere bei Übergabe eines Ladescheins, Diss. Marburg 1934
Kipp-Coing	Kipp Theodor, Erbrecht, Ein Lehrbuch, 11. Bearbeitung von Coing Helmut, Tübingen 1960
Kipp zu Windscheid	siehe Windscheid
Klatzko	Klatzko Max, Die Konkurrenzform der Ausschließlichkeit (Ein Beitrag zur Lehre von der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz), in Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Königsberg Heft 2, Breslau 1931
Klug	Klug Ulrich, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in ZStW 68 S. 399 ff.
Klüpfel	Klüpfel Wolfgang, Haftung des Sicherungseigentümers für den sachenrechtlichen Verwendungsanspruch des Unternehmers; insbesondere die Voraussetzungen für den Beginn der Ausschußfrist nach § 1002 BGB, in NJW 1956 S. 1626
Knoll	Knoll Ernst, Eingriff in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse, Zur Lehre vom Eigentum, der Enteignung und der Entschädigung, in AöR 97 (1953/54) S. 455 ff.
Kraft	Kraft Alfons, Gutgläubiger Erwerb des Unternehmerpfandrechts? in NJW 1963 S. 741 ff.
Krause AcP	Krause Hermann, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, in AcP 145 S. 312 ff.
Krause Schweigen	Krause Hermann, Schweigen im Rechtsverkehr, Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung, Marburg 1933
Kreß	Kreß Hugo, Besitz und Recht, Eine civilrechtliche Abhandlung, Nürnberg und Leipzig 1909
Krüger	Krüger Herbert, Naturschutz und Eigentum, Gedrucktes Rechtsgutachten o. J. (1955)
Kruse	Kruse Vinding Fr., Das Eigentumsrecht, aus dem Dänischen übersetzt von Knud Larsen, 3 Bände, Berlin und Leipzig 1931/35/36
Kühne	Kühne Eberhard, Versprechen und Gegenstand, Ein Beitrag zum System der Belastungen, in AcP 140 S. 1
Lange	Lange Heinrich, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 3. Aufl. München und Berlin 1956
Lange NJW	Lange Heinrich, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte von Gerhard Dulceit usw. (Buchbesprechung), in NJW 1952 S. 1366
Langheineken	Langheineken P., Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903

Larenz	Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, Band II: Besonderer Teil; 6. Aufl., München und Berlin 1963/64
Larenz Methodenlehre	Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Last Anspruchskonk.	Last Adolf, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis, Breslau 1908
Last Einwendungen	Last Adolf, Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Verteidigung, in Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift) Bd. 26 S. 433
Last JhJ	Last Adolf, Fragen der Besitzlehre, II. Bürgerliches Gesetzbuch, in JhJ 63 S. 71 ff.
Lehmann	Lehmann Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl. Berlin 1960
Lent	Lent Friedrich, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, I. Band Leipzig 1912
Lent SachR	Lent Friedrich, Sachenrecht, Ein Studienbuch, 6. Aufl. München und Berlin 1957
Leonhard	Leonhard Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899
Leonhard SchuldR	Leonhard Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB, I. Band, München und Leipzig 1929
Levy	Levy Ernst, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, I. Band, Berlin 1918
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs (Loseblattsammlung), hrsg. von Lindenmaier, Möhring u. a. (1951 ff.)
v. Lübtow	Lübtow, von o. V., Miete und Leihe fremder Möbel — insbesondere zu dem Urteil des LG Hagen vom 8. 7. 1947 — in AcP 150 S. 252
v. Mangoldt-Klein	Mangoldt, Hermann von, Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 2., neubearbeitete Aufl. von Klein Friedrich, Berlin und Frankfurt 1957
Maunz	Maunz Theodor, Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 7. Aufl. München und Berlin 1958
Maunz-Dürig	Maunz Theodor und Dürig Günther, Grundgesetz, Loseblattkommentar, 1.-6. Lieferung, München und Berlin 1959-1963
Maurach	Maurach Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. Karlsruhe 1958

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (1.1947 ff.)
Mengelkoch	Mengelkoch o. V., Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und der Entstehung des mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB? in JhJ 76 S. 52 ff.
Merk	Merk Walter, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, in Schriften zur Politischen Bildung, II. Reihe Recht, Heft 5, Langensalza 1934
Meyer	Meyer Hans-Ludwig, Konkurrenz des Herausgabeanspruchs des Eigentümers (§ 985 BGB) und seiner Folgeansprüche (§§ 987 ff. BGB) mit Vertragsansprüchen, Diss. Göttingen 1933
Mezger	Mezger Edmund, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 7. Aufl. München und Berlin 1957
Model	Model Otto, Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Kurzkommentar, 2. Aufl. Moers Ndrh. 1952
Molitor	Molitor Erich, Zweckbindungen des Eigentums, in Festschrift für Alfred Schultze, Weimar 1934 S. 33 ff.
Morgenroth	Morgenroth Max, Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen, Diss. Erlangen 1904
Mot.	Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1894
Mugdan	Mugdan B., Die gesammelten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I und III, Berlin 1899
Mühl bei Soergel	siehe Soergel
Müller Gruchot	Müller Arthur, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, in Gruchot 54 S. 226 ff.
Müller H.	Müller Horst, Verwendungsanspruch und Kreditrisiko, in Festschrift für Friedrich Lent, 1957, S. 179 ff.
Müller-Erzbach	Müller-Erzbach o. V., Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage heraus entwickelt, in AcP 142 S. 5 ff.
Münzel	Münzel Karl, Die Rechte des Werkunternehmers aus Aufträgen von Nichteigentümern, in MDR 1952 S. 643
Neumann	Neumann Hugo, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Kommentar), I. Band (I.–III. Buch), 3. Aufl. Berlin 1903
Neussel	Neussel Julius, Anspruch und Rechtsverhältnis, in Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß (hrsg. v. Bruns) 3. Heft, Mainz 1952

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (1947/48 ff.)
Oertmann	Oertmann Paul, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar), 5. Aufl. Berlin 1929
Oertmann Abtretung	Oertmann Paul, Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, in AcP 113 S. 51 ff.
Oertmann Gesetzesk.	Oertmann Paul, Gesetzeskonkurrenz, Artikel in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. v. Stier-Somlo und Elster, II. Band, S. 76 ff., Berlin und Leipzig 1927
Oertmann Herausgabeanspr., Oertmann JhJ 61	Oertmann Paul, Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche, in JhJ 61 S. 44 ff.
Oertmann JhJ 31	Oertmann Paul, Der Dinglichkeitsbegriff, in JhJ 31 S. 415 ff.
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen (1.1949 – 4.1950)
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (hrsg. v. Mugdan und Falkenau) (1.1900 – 46.1928)
OVG	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (1.1877 – 106.1941)
Palandt-Bearbeiter	Palandt Otto, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen (Kurzkommentar), bearbeitet von Dankelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, 22. Aufl. München und Berlin 1963
Paulus	Paulus Gotthard, Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaft, in JZ 1957 S. 41
Peters	Peters Casjen, Die Ansprüche aus dem Eigentum, in AcP 153 S. 454
Planck-Bearbeiter	Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. bearbeitet von Siber Heinrich, Berlin 1914, III. Band: Sachenrecht, 5. Aufl. bearbeitet von Brodmann, Berlin und Leipzig 1933
Pohle	Pohle Rudolf, Anmerkungen zu einem Urteil des BGH vom 13. 6. 1959, in MDR 1956 S. 732 ff.
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, hrsg. v. Achilles, Gebhard, Spatz, Band III Sachenrecht, Berlin 1899
Prym	Prym Eduard, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Verträge mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Diss. Bonn 1905

Przibilla	Przibilla Emanuel, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, unter Ausschluß des Erwerbs durch den Stellvertreter, Diss. Bonn 1905
Raape	Raape Leo, Gebrauchs- und Besitzüberlassung, in JhJ 71 S. 97 ff.
Raiser Anwartschaften	Raiser Ludwig, Dingliche Anwartschaften, Band 1 der Tübinger Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, Tübingen 1961
Raiser Eigentumsanspr.	Raiser Ludwig, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, in Festschrift für Martin Wolff, 1952 S. 123 ff.
Raiser JR 55	Raiser Ludwig, Westermann Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. usw. (Buchbesprechung) in JR 1955 S. 118
Raiser JZ 58	Raiser Ludwig, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, in JZ 1958 S. 681 ff.
Raiser JZ 61	Raiser Ludwig, Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, Kritische Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 21. 12. 1960, in JZ 1961 S. 529 ff.
Raiser RvglHwb	Raiser Ludwig, Eigentum, Artikel in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. v. Schlegelberger, II. Band S. 772 ff., Berlin 1929
Rappaport	Rappaport Achill, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Eine Untersuchung auf dem Gebiete des gemeinen sowie des deutschen und österreichischen bürgerlichen Rechts, Berlin 1904
Reinhardt	Reinhardt Rudolf, Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?, in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (1.1880 — 172.1945)
Rogge	Rogge Kersten, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. 3. 1955, in NJW 1956 S. 225
Rosenberg	Rosenberg Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. München und Berlin 1960
Rosenberg Komm.	Kommentar zum BGB, hrsg. v. Hölder, Schollmeyer, Rosenberg, Schmidt, Fuchs, III. Band Sachenrecht, 1. Halbband, erläutert von Rosenberg Leo, München 1919
Rudolph	Rudolph Kurt, Die Bindungen des Eigentums, Eine rechtsvergleichende Studie, Tübingen 1960
Rümelin II	Rümelin Gustav, Reden und Aufsätze, Neue Folge, Freiburg 1881

Savigny	Savigny Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bände, Berlin 1840–1849
Scherk	Scherk Margarete, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 986 I BGB), in JhJ 67 S. 301 ff.
Scheuner	Scheuner Ulrich, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954
Schirferneder	Schirferneder Franz Xaver, Der Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen auf die Sache nach §§ 994 bis 1003 BGB, Diss. Erlangen 1936
Schlegelberger-Bearbeiter	Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, hrsg. v. Schlegelberger Franz und Vogels Werner (Loseblattsammlung), Berlin 1939 ff.
Schlegelberger-HGB	Handelsgesetzbuch in der seit dem 1. Oktober 1937 geltenden Fassung (ohne Seerecht) hrsg. v. Schlegelberger Franz, erläutert von Gefler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt a. M. 1960
Schlemmer	Schlemmer Ferdinand, Der Herausgabeanspruch des Eigentümers, Diss. Marburg 1914
Schloßmann	Schloßmann o. V., Über den Begriff des Eigentums, in JhJ 45 S. 289 ff.
Schmidt	Schmidt Rudolf, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915
Schmitt HdbDStR	Schmitt Carl, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 572–606
Schmitt Verfassungslehre	Schmitt Carl, Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, unveränderter Abdruck Berlin 1954
Scholtissek	Scholtissek o. V., Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, in BB 1952 S. 981 ff.
Schönfeld	Schönfeld Friedrich, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrags, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 986 BGB, in JZ 1959 S. 301 ff.
Schönke-Schröder	Schönke Adolf, Strafgesetzbuch, Kommentar, fortgeführt von Schröder Horst, 8. Aufl. München und Berlin 1957
Schuhmacher	Schuhmacher o. V., Schutz des Eigentums, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 113. Bd. S. 166 ff.

Schulze	Schulze Werner, Zwei Fragen zur Auslegung der §§ 987 ff. BGB, in Gruchot 64 S. 400 ff.
Schwab	Schwab Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954
Schwarz-Dreher	Schwarz Otto, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen (Kommentar), fortgeführt von Dreher Eduard, 25. Aufl. München und Berlin 1963
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (1.1847 — 98.1944)
Siber JhJ	Siber Heinrich, Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkt der Rechtsneuordnung, Bericht an die Ausschüsse für Boden- und Fahrnisrecht der Akademie für Deutsches Recht, in JhJ 89 S. 1 ff.
Siber Passivleg.	Siber Heinrich, Die Passivlegitimation bei der Reivindicatio als Betrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz, Leipzig 1907
Siber bei Planck	siehe unter Planck
Siber Rechtszw.	Siber Heinrich, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903
Siber SachR	Siber Heinrich, Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Bürgerliches Recht, III. Sachenrecht, Als Manuskript gedruckt, Leipzig o. J.
Siber SchuldR	Siber Heinrich, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, Schuldrecht, Leipzig 1931
Siebert	Siebert Wolfgang, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
Siebert DGWR	Siebert Wolfgang, Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von Nutzungen bei nichtigem Kaufvertrage, Ein Beitrag zur Rechtsstellung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer . . . , in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1940 S. 241
Siebert JW	Siebert Wolfgang, Die neueste Stellungnahme des Reichsgerichts zur Verwirkung, in JW 1934 S. 1829 ff.
S. Simitis	Simitis Spiros, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a. M. 1957
Soergel-Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen begründet von Hs. Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, 9., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 1959/60/61/62
Mühl bei Soergel	III. Band: Sachenrecht, §§ 985—1007, bearbeitet von Mühl

Sohm	Sohm Rudolf, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 14. Aufl. Leipzig 1911
Stammler	Stammler Rudolf, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Eine sozial-philosophische Untersuchung, 5. Aufl. Berlin und Leipzig 1924
Staub-Bearbeiter	Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow, Heinichen, Berlin und Leipzig 1932/33
Staudinger-Bearbeiter	J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band I–V, 11. Aufl. Berlin 1957/58/59/60/61 und
Staudinger-Kober	Band III, 1. Teil der 10. Aufl., Berlin 1956/57, bearbeitet von Kober
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von L. Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein und Martin Jonas, 18. Aufl. bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle, 2 Bände (Loseblattsammlung), Tübingen 1953, Stand vom 29. 8. 1960
Stiel	Stiel Rudolf, Der Eigentumsanspruch insbesondere gegen den Fremdbesitzer, Diss. Bonn 1930
Stutz	Stutz Heinrich, Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer (§§ 987 ff., 281, 812, 816 BGB), Berlin 1934
Suppes	Suppes Ernst, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner praktischen Bedeutung, Diss. Leipzig 1902
Thiesing	Thiesing o. V., Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?, in ArchBürgR 20 S. 240 ff.
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen, erläutert von Heinz Thomas und Hans Putzo, München und Berlin 1963
Thon	Thon August, Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878
Thon JhJ	Thon August, Die rechtsverfolgende Einrede, in JhJ 28 S. 37 ff.
v. Tuhr	Tuhr Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
Vogelsgang	Vogelsgang Hermann, Passivlegitimation zum Herausgabeanspruch (§ 985 BGB), Diss. Erlangen 1923 (Maschinenschrift)

Waldmüller	Waldmüller Hans, Verletzung von Schuldnerpflicht und unerlaubte Handlung, Diss. Tübingen 1907
Warn Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, hrsg. v. Warneyer (1.1908 – 33.1941)
Weber	Weber Werner, Eigentum und Enteignung, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch für Theorie und Praxis der Grundrechte, II. Band S. 331 ff., Berlin o. J. (1954)
Weitnauer-Wirths	Weitnauer Hermann und Wirths Carl, Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15. März 1951 (Kommentar), 2. Auflage Berlin und Frankfurt 1955
Wendt	Wendt o. V., Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in AcP 88 S. 40 ff.
Westermann	Westermann Harry, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 4. Auflage Karlsruhe 1960
Westermann AcP	Westermann Harry, Gerhard Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte usw. (Buchbesprechung), in AcP 152 S. 93
Wieacker AcP	Wieacker Franz, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, in AcP 148 S. 57 ff.
Wieacker Forderung	Wieacker Franz, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, in DRW 6. Bd. S. 49 ff. (1941)
Wieacker Wandlungen	Wieacker Franz, Wandlungen der Eigentumsverfassung, in Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 13, Hamburg 1935
Windscheid	Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp Theodor (Kipp zu Windscheid), Frankfurt 1906
Wittmann	Wittmann Wilhelm, Der Eigentumsanspruch, Diss. Würzburg 1904
Wolff	Wolff Martin, Das Sachenrecht, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Bearbeitung Marburg 1929
Wolff-Raiser	Wolff Martin, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 10. Bearbeitung von Ludwig Raiser, Tübingen 1957
Wolff Recht z. Besitz	Wolff Martin, Das Recht zum Besitze, in Festgabe für Richard Koch, S. 150 ff., Berlin 1903
Wolff RVerf. und Eigentum	Wolff Martin, Reichsverfassung und Eigentum, in Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923

Würdinger	Würdinger Hans, Wandlung in der Eigentumsverfassung, in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1936 S. 70 ff.
Wrzesinski	Wrzesinski Richard, Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch, Berlin 1902
ZGB	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, hrsg. v. Egger, Escher, Haub, Homberger, Oser, Schönenberger, Siegwart (sog. Züricher Kommentar), 2. Aufl., Zürich 1938
Zitelmann AcP	Zitelmann Ernst, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in AcP 99 S. 1 ff.
Zitelmann AT	Zitelmann Ernst, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil, Leipzig 1900
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (1.1881 – 62.1944, 63.1955 ff.)
Zunft JZ	Zunft Fritz, Der Vorbehaltskäufer – doppelter Besitzmittler?, in JZ 1959 S. 279 ff.
Zunft NJW	Zunft Fritz, Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft gemäß § 930 BGB, in NJW 1957 S. 445 ff.

Lebenslauf

Am 20. Juli 1936 wurde ich als Sohn des jetzigen Senatspräsidenten Dr. Alfred Münich und seiner Ehefrau Amanda, geb. Steuerer, in München geboren.

Hier und an einem Evakuierungsort in Franken besuchte ich von 1942 bis 1946 die Volksschule. Ich trat dann in das humanistische Theresiengymnasium in München ein, wechselte 1949 an das Alte Realgymnasium über, wo ich 1957 das Abitur ablegte.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft in München und bestand im September 1961 die erste Juristische Staatsprüfung. Seit Oktober 1961 stehe ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst des bayerischen Staates.

